

EL ARBITRAJE COMO DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN ESPAÑA Y EN EL DERECHO COMUNITARIO

por José Manuel Martín Bernal

Magistrado. Profesor Titular de Derecho Civil

1. UN APUNTE INEVITABLE SOBRE EL ARBITRAJE CON CARÁCTER GENERAL

Tradicionalmente sobre todo en el ámbito del tráfico mercantil y del comercio internacional, se ha venido considerando el arbitraje como la alternativa más idónea para eludir, paliar o superar los graves inconvenientes de que —se dice— adolece la administración pública de justicia, inconvenientes —se advierte— residen fundamentalmente en su lentitud, su excesiva onerosidad y la publicidad del proceso. Frente a ella, la institución arbitral ha sido presentada como una de las soluciones más aconsejables para la resolución de las controversias, pues reúne —aseguran sus defensores— las características de la rapidez, una onerosidad ponderada y una mayor discreción al tratarse de una Justicia privada. Valoraciones las anteriores que sobre todo se han dado en nuestro Derecho, aunque ciertos sectores ciertamente relevantes de la doctrina han puesto en duda y hasta cuestionado las pretendidas excelencias del arbitraje sobre la justicia pública (1).

Parece no obstante que el arbitraje presenta, como organización privada de justicia una serie de ventajas de las que, obviamente el orden jurisdiccional público carece, entre las que me atrevo a decir, desde luego la de su rapidez y la posibilidad de encomendar la resolución de cuestiones complejas a personas de formación técnica. Más dudosa resulta su menor onerosidad y relativa su opacidad, desde el momento en que la sentencia arbitral puede ser recurrida ante la jurisdicción ordinaria, siendo también esta última la única con facultades para proceder a la ejecución del laudo.

(1) Ver FouCHARD. L'arbitrage commercial international, París 1965, pp. 1 y ss. y DE CASTRO. El arbitraje y la nueva «Lex /venatoria», ADC, 1979, pp. 651 y SS.

En todo caso resulta especialmente significativo que ahora sea el propio Consejo General del Poder Judicial el que en el Libro Blanco de la Justicia, recomiende la vía del arbitraje para atenuar las graves preocupaciones que los usuarios de la Administración de Justicia muestran en materias como las dilaciones en los procedimientos judiciales.

Huelga por lo demás advertir que el arbitraje en cuanto institución puede encontrar acomodo en la práctica totalidad de las relaciones contractuales bien sea entre personas físicas, entre personas físicas y jurídicas o entre ambas, y que el convenio arbitral como cualquier otro convenio, se rige por las reglas generales de los contratos y las específicas del arbitraje: normas estas últimas que no se regulan de una manera sistemática en la Ley de Arbitraje 36/1988 de 5 de Diciembre.

La creciente internacionalización de las relaciones comerciales durante el presente siglo ha tropezado fundamentalmente con graves dificultades que responden a una serie de factores bien conocidos, tales como la falta de una disciplina jurídica homogénea que pudiera servir de cauce para la resolución de los conflictos, la ausencia de una jurisdicción supraestatal, la falta de conocimientos de muchos jueces, acerca de las costumbres, prácticas y usos internacionales, la lentitud de la justicia, agravada además en los procesos internacionales, la publicidad de los procesos judiciales, etc..

Lógico habría de resultar, que ante esos y otros problemas, la solución viniera dada no ya sólo por la institución arbitral, sino porque además y para obviar problemas de ejecución de sentencias arbitrales internacionales, se fueran creando una serie de tribunales e instituciones arbitrales cada vez con mayor prestigio. No puede sorprender por ello que la Sociedad de Naciones se ocupara de regular con un cierto detalle conflictos de los que hasta entonces sólo se habían ocupado algunos tratados bilaterales. Sería a partir del primer texto de esta organización sobre la materia, cuando el Protocolo de Ginebra sobre Cláusulas de Arbitraje de 24 de Septiembre de 1923 (y el Convenio para su aplicación de 26 de Septiembre de 1927) cuando se han ido sucediendo otros Convenios que han ido regulando distintos ámbitos, así como actualizando y perfeccionando

los anteriores, como se produce sobre todo en el Convenio de Nueva York para el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 10 de Junio de 1950 y el Convenio europeo sobre el arbitraje comercial internacional, firmado en Ginebra el 21 de Abril de 1961.

De lo expuesto anteriormente, podría concluirse que en la actualidad los textos convencionales recoge una serie de principios esenciales en materia de arbitraje internacional; principios que se advierten con mayor frecuencia en las normas internas y en las que se inspira naturalmente nuestra Ley de 1988. No puede ignorarse por lo demás, que la misma cerraba en el tiempo un ciclo de leyes de los distintos países de nuestro entorno (2) que han ido modificando su legislación arbitral.

Fácilmente se comprenderá que el siguiente paso vendría dado por el tratamiento que al tema habría de darle el Derecho Comunitario y a esa problemática, pero ahora ya respecto de la defensa de los intereses de consumidores y usuarios, como una de las preocupaciones de nuestra sociedad, nos vamos a referir a continuación.

2. EN EL CAMPO DEL DERECHO COMUNITARIO

a) La eclosión de los problemas de consumo

Si como ya sabemos el arbitraje, ahora ya de consumo, constituye una formula económica, rápida y eficaz, deberá tener por objeto favorecer la solución amistosa y razonable entre consumidores y usuarios.

Ello explica que tanto el Consejo de Europa como la Comunidad Europea hayan aconsejado el arbitraje como medio de acceso a la justicia en materia de consumo.

(2) Así, en los últimos veinte años, la Ley Suiza de 1969, la Ley belga de 4 de Julio de 1972, en la que se recoge la ley uniforme anexa a la Convención europea en materia de arbitraje (Strasburgo, 20 de Enero de 1966), en Inglaterra, la Arbitration Act de 1979; en Francia los decretos de 14 de Mayo de 1980 (nuevo Código de procedimiento civil y de 12 de Mayo de 1981 (num. 81-500), por el que se dio una nueva redacción al libro Cuarto («El arbitraje») del nuevo Código de procedimiento civil (arts. 1.442 a 1.491); en Austria la reforma del Código procesal civil en Febrero de 1983; en Italia, la Ley n.28, de 9 de Febrero de 1.983; en Portugal, la Ley núm. 31/86. de 29 de Agosto; en Quebec, la Ley de 30 de Octubre de 1986 de modificación del Código Civil y de la Ley de Procedimiento Civil en Materia de Arbitraje.

Tal como expresa la Ley de Arbitraje 36/1988 de 5 de Diciembre en su Exposición de Motivos, se ha querido seguir la Recomendación Num. R (86) 12 de 1986 del Consejo de Europa (relativa a ciertas medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales) en la que se sugiere a los Gobiernos miembros, la adopción de una serie de medidas, y entre ellas la de proveer las disposiciones apropiadas «para que en los casos que se presten a ello, el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial».

Hoy la sociedad moderna constituye una sociedad de consumidores y masificada ante la que los órganos jurisdiccionales se muestran impotentes y desbordados, así como incapaces de resolver las grandes cuestiones planteadas.

La doctrina en general se ha preocupado de constatar hasta con tintes un tanto dramáticos la situación creada por la eclosión del consumo, buscando no ya sólo el ejercicio de las distintas acciones jurisdiccionales, apuntado soluciones de todo tipo, de lege ferenda, sin que al parecer se reconozcan los logros que puedan obtenerse. Lozano Higuera, por ejemplo, ha descrito la situación desde una triple perspectiva «en el Derecho material una eclosión de los problemas del consumo (particularmente en los sectores civil-mercantil administrativo y penal —sin perjuicio del relieve constitucional de la cuestión—), en el Derecho Procesal, un número ascendente de conflictos derivados de la tutela de los consumidores, con una inadecuación evidente de los remedios e instituciones procesales clásicas, pero afectando primordialmente a cuatro: acceso, legitimación —con cariz esencialmente categorial—, medidas cautelares y cosa juzgada; así como una mayor cantidad de justiciables que, para tutelar derechos correspondientes a materias diversas, entre ellas las correspondientes al sedicente Derecho del Consumo, impetran la garantía jurisdiccional, utilizando los remedios tradicionales, colapsando, en consecuencia, los órganos jurisdiccionales. En esta última vertiente, como perjudicados por una situación de masificación jurisdiccional, y defectuosa e ineficaz prestación de la Administración de Justicia, situamos la propiedad de la terminología de consumidores o usuarios jurídicos, o, más rectamente, jurisdiccionales; resultando evidente la situación de frustración, globalidad, ineficacia, falta de amparabilidad, en suma, en que se halla el justiciable frente a la maquinaria judicial y que le convierte, las más de las veces, en un usuario o consumidor procesal en situación de indefensión, inerte en definitiva, ante el defectuoso e ineficaz servicio que le ha sido prestado por el Poder Público.

En ese estado de cosas, que afecta a todos los seres justiciables, en general, y a los consumidores en particular, de modo más sobresaliente, en la medida en que se ha imputado a la falta de adaptabilidad de los instrumentos y organización de la Justicia tradicional o estatal, ha llevado a demandar la instauración de unos mecanismos o alternativas distintas a la justicia clásica para atender pronto y eficazmente esas cuestiones, hablándose de «diversión alternativas», «técnicas de diversión», o ADR —Alternative Dispute Resolution Procedures—, habiéndose generado un auténtico movimiento internacional a este respecto, que arranca en USA de Mayo de 1976, cuando, en St. Paul, se celebró la Conferencia Nacional sobre las Causas del Descontento Popular por la Administración de Justicia, —bajo el patrocinio conjunto de la Conferencia Judicial de Estados Unidos, la Conferencia de Presidentes de Tribunales de Justicia y la American Bar Association—, denominada Pound Conference, que dio lugar al «Report of the Pound Conference Follow-up Task Force»; este informe recomendaba nuevos mecanismos para la distribución o aplicación de la justicia, comprendidas las juntas vecinales de justicia, los tribunales y los jurados de arbitraje. Junto a estas fórmulas del Report Pound Conference, algunos las amplían, con examen comparatista, a: 1) la conciliación tripartita, mediación, investigación, arbitraje y, en determinados casos, decisión de disputas mediante tribunales administrativos, agencias y comisiones reglamentarias independientes, tribunal directo de arbitraje obligatorio y jueces subrogados; 2) aquellos que realizan la investigación tripartita, la mediación o traslado de conflictos sin sanciones autorizadas o cuasijudicativas, pero que canalizan principalmente las demandas de ciudadanos contra la burocracia, tanto gubernamental como comercial y 3) aquellos mecanismos en que emplean ciudadanos no profesionales, personal auxiliar jurídico o administradores especializados en lugar de «jueces», al igual que los antes mencionados, pero que conocen a los demandantes y demandados así como su ambiente local, otros, en fin, junto a los dos básicos que representan la conciliación y el arbitraje añaden los incentivos económicos. En resumen, para atender a esos problemas originados por las nuevas realidades económicas y sociales, se buscan instrumentos alternativos a la Justicia estatal jurisdiccional que, básicamente, constituyen, tanto en el ámbito civil como en el penal, —al que también se extienden, con instituciones como «plea bargaining»— una justicia privatizada, negociada e individualizada, frente a la justicia estatal, impuesta, despersonalizada y burocratizada».

b) Los objetivos del Consejo de las Comunidades Europeas

La Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 14 de Abril de 1975, relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores ya entre sus objetivos señalaba en su objetivo 32 el derecho de los consumidores a la justa reparación de los perjuicios sufridos por la compra o utilización de productos defectuosos o de servicios insuficientes estableciendo una serie de procedimientos rápidos, eficaces y poco costosos (repárese que tales principios han sido mucho antes de derecho interno...) estableciendo por parte de la Comisión en el objetivo 33, a estudiar los sistemas de reclamaciones, arbitraje y arreglo amistoso de los litigios existentes en los Estados miembros.

Prácticamente con idéntica «filosofía» se mostraría la Comunidad Económica Europea, en el Anexo a su segundo programa para una política de protección e información de los Consumidores (Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 19 de Mayo de 1981), al establecer en sus apartados 38 y 39:

«38. Principios. Tal como indica el programa preliminar, «el consumidor debe recibir consejo y asistencia en materia de quejas y en caso de daños sufridos como consecuencia de la compra o de la utilización de productos defectuosos o de servicios insuficientes. Tiene derecho, además, a la justa reparación de tales daños mediante procedimientos rápidos, eficaces y poco costosos».

La Comisión organizó en 1957 un coloquio sobre los medios judiciales y parajudiciales para la protección de los consumidores que permitió analizar especialmente:

- los sistemas de asistencia y de consejo existentes en los Estados miembros;
- los sistemas de reclamación, de arbitraje y de arreglos amistosos de litigios existentes en los Estados miembros;
- las legislaciones de los Estados miembros relativas a la defensa ante la justicia de los consumidores, en particular las diversas vías de recurso y procedimientos existentes, incluidas las acciones ejercidas por las asociaciones de consumidores u otros organismos;
- los sistemas y legislaciones, correspondientes a los antes mencionados existentes en determinados terceros países.

Las sugerencias presentadas durante el coloquio pueden clasificarse en cinco apartados:

- 1) necesidad de reforzar la formación e información de los consumidores;
- 2) necesidad de crear organismos de conciliación, bien a título preventivo para acabar en forma amistosa con algunas prácticas condenables, o bien para resolver de común acuerdo los litigios que puedan surgir entre consumidores y comerciantes o prestatarios de servicios;
- 3) creación de órganos de arbitraje;
- 4) simplificación de los procedimientos judiciales para los litigios relativos a pequeñas sumas;
- 5) aceptación de la defensa de los consumidores, bien por organizaciones de consumidores, bien por los servicios públicos, o bien por órganos del tipo del defensor del pueblo.

Conviene advertir que la anterior cuestión también ha sido objeto de un debate particularmente constructivo y que se ha producido en el seno del Parlamento Europeo y del Comité Económico y Social.

La contribución de la Comunidad si bien limitada en el sector antes descrito, realizará los oportunos esfuerzos para la aplicación y realización de las sugerencias formuladas con motivo de los análisis que se han expuesto anteriormente. Su acción se apoyará igualmente en los trabajos realizados con el Consejo de Europa en materia de asistencia Judicial, así como en los trabajos que ha venido emprendiendo el Instituto Universitario Europeo de Florencia.

39. Acciones prioritarias

Como se verá a continuación, quizá sean estas acciones Prioritarias las que además de tales, se presenten ya con un mayor concretismo.

En efecto, en tal sentido, la Comisión proseguirá el estudio de los procedimientos vías de recurso existentes en el seno de los Estados miembro, especialmente en lo que se refiere al derecho de las organizaciones de consumidores a comparecer en juicio la simplificación de los procedimientos de recurso y de examen de las demandas individuales, el desarrollo de los procedimientos amistosos el reconocimiento de los recursos de los consumidores contra empresas de Derecho público administradas según criterios comerciales. La Comisión publicará un documento de trabajo sobre estos distintos temas tomando en consideración las distintas experiencias realizadas y los procedimientos aplicados en los Estados miembros.

Que no se crea que ahí se quedan los planteamientos de la Comisión, pues ésta, seguirá fayo-eciendio aquellas realizaciones de experiencias ya sean de ámbitos nacionales o locales en todos aquellos aspectos referentes al acceso de los consumidores a la justicia y el tratamiento de los litigios, aunque ahora se refiera a los más corrientes o de pequeña importancia dando a conocer sus resultados.

Ese sería el espíritu en que se inspirara el Memorándum de la Comisión de las Comunidades Europeas transmitido al Consejo el 4 de Enero de 1985 sobre «Acceso a los Consumidores a la Justicia» (Boletín de las Comunidades Europeas, Suplemento 2/85 sobre la base del Doc. CoM (84) 692 final, en el que la Comisión plantea por vez primera los obstáculos con que se encuentran los consumidores que acuden a los tribunales, de justicia para tratar de obtener la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios sufridos; obstáculos que se pueden reducir a los cuatro siguientes: el coste exclusivo de la dirección y representación ante los órganos judiciales, la lentitud de los procedimientos, la posibilidad de ser condenado a abonar las costas de la parte contraria y la pérdida de horas de trabajo. Todo ello agravado por el hecho de que en la mayoría de los países de las entonces Comunidades Europeas los procedimientos judiciales existentes estaban pensados para el ejercicio de acciones individuales, mientras que en materia de consumo se precisan acciones de grupo («class actions») que, interpuestas por una o más personas puedan producir sus efectos sobre una colectividad más amplia.

c) Los «Anexos» de la Comisión y «Un nuevo impulso en el tema»: «El Libro Verde»

Expuesto el problema, la Comunicación de la Comisión contenía cuatro anexos en los que se llevaba a cabo un análisis de los procedimientos judiciales simplificados que se venían experimentando con distinto éxito en Escocia (establecimiento de un procedimiento simplificado de resolución de reclamaciones de pequeña cuantía ante el Tribunal de Primera Instancia de Dun-dee), en Bélgica (utilización de normas de procedimiento civil que, aunque en vigor, eran poco utilizadas en la práctica, como la figura del «asesor» jurídico al que podía acudir el público en un horario regular varios días a la semana), en Italia (relativamente similar al proyecto belga), en Portugal, etc. (todos ellos a semejanza de las experiencias seguidas con carácter más amplio en otros países

de fuera de Europa como Austria, Canadá y los Estados Unidos de América); se examinaban las posibilidades para la introducción de las acciones de grupo; se analizaban las experiencias llevadas a cabo en algunos países (Bélgica, Dinamarca, Francia, Países Bajos, Alemania y Reino Unido) consistentes en el establecimiento de organismos de conciliación y arbitraje en materia de consumo, y se exponían los resultados de la implantación en la práctica totalidad de los países comunitarios de centros de información al consumidor, tanto públicos como privados, destinados a facilitarle asesoramiento jurídico en los problemas que se les presentasen.

«Un nuevo impulso» en la política de protección de los consumidores (Doc. COM. (85) 314), iría hacia una serie de medidas de protección de los mismos, pero ahora —repárese en ello— introduciendo procedimientos de CONSULTA y de RECURSOS, pero siempre pensando en la política antes apuntada y cuya filosofía en síntesis se contiene en el apartado 38 que establecía:

«Para que los derechos de los consumidores sean protegidos es necesario que existan vías apropiadas de consulta y de recursos. Los procedimientos jurídicos clásicos son lentos y con frecuencia muy onerosos en relación a las sumas en litigio en los asuntos de consumo. Es difícil considerar que existen derechos si éstos no pueden ser ejercidos o defendidos. Por este motivo, la Comisión acaba de publicar un libro verde sobre las vías de consulta y de recursos que se abren a los consumidores con vistas a poner en marcha una política más completa, más coherente y más adaptada a las necesidades de los consumidores. Continuará asociándose —llegado el caso en una medida más amplia aún— a las experiencias piloto de los Estados miembros en materia de procedimientos judicial simplificados».

En efecto, siete años más tarde la Comisión elabora y presenta al Consejo el Libro verde: Acceso a los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único (Doc. COM (93) 576 final), planteado como una continuación del Memorándum de 4 de Enero 1985, y que se abre con las siguientes palabras.

En un Estado de Derecho la legislación debe establecer por medio de normas jurídicas generales un equilibrio entre los derechos y las obligaciones de cada cual: en caso de que se lesionen los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico así creado con la violación de una de dichas normas debe existir un procedimiento (judicial o administrativo) para «hacer justicia» al particular y, al mismo tiempo, restablecer el equilibrio de intereses deseado por el legislador.

Si no existiera tal procedimiento o este no fuera «accesible a los titulares de un interés protegido por el ordenamiento jurídico, evidentemente existiría un desfase entre el marco ideado por el legislador y la realidad vivida por los ciudadanos: el problema que, de manera sintética, se resume a continuación bajo el título de «acceso a la justicia» no es sino el de dicho desfase entre Derecho y realidad.

El acceso a la justicia es uno de los derechos humanos y una condición de la eficacia del ordenamiento jurídico, de cualquier ordenamiento jurídico, incluido el ordenamiento jurídico comunitario.

La Comisión, después de tener en cuenta una serie de circunstancias, como antecedentes del mismo, los trabajos llevados a cabo sobre tal materia y la dimensión del problema —debido a la realización del mercado único— estudia la situación de acceso a la justicia en cada uno de los Estados miembros y los resultados producidos, concluye diciendo que los intentos de mejora de la situación de los litigios individuales se ha producido por una doble vía:

- a) Por la simplificación de los procedimientos judiciales aplicables a los litigios de pequeña cuantía (Bélgica, Italia, Alemania, Francia, Países Bajos, Portugal y Reino Unido) y
- b) Por la creación de procedimientos extrajudiciales (conciliación, mediación, arbitraje) pero ya dedicados en concreto a los litigios en materia de consumo, y tanto se tratara a iniciativa de los poderes públicos, o de los agentes económicos, Quizá el ejemplo más paradigmático de los países que han seguido esta vía, sea el de España (más en detalle Doc. COM. (93) 576 final).

A las anteriores circunstancias se añadirían las preocupaciones contenidas en el denominado Libro Verde y que siente la Comisión por los «litigios transfronterizos», esto es aquellos supuestos de relaciones y transacciones entre empresas y consumidores y que trascienden las fronteras de un solo Estado miembro, por el hecho de que el demandante —consumidor por ejemplo— se encuentra domiciliado en Estado distinto de aquél en que está legalmente establecida la parte demandada (el empresario).

Fácilmente se comprenderá que en tales casos la solución del litigio que se plantee se dificulta y complica por la casi entera problemática de ámbitos del Derecho Internacional Privado, como por otros relativos al ámbito de la Jurisdicción y de los actos que en la misma se inscriben. En efecto, está de un lado la determinación de la Ley a aplicar en cada caso (tanto en lo relativo al propio procedimiento como al fondo del asunto) y del Juez competente para conocer del litigio; y de otro por la problemática de los plazos e idiomas que presentan las notificaciones transfronterizas; los plazos de los autos de instrucción que a su vez demandarán las comisiones rogatorias y, naturalmente la ejecución de la sentencia con el consiguiente reconocimiento de la decisión extranjera.

Pese a que ya existen Convenios Internacionales sobre la materia expuesta —firmados tanto en el ámbito del marco comunitario (art. 220 TCE) como en el de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya— existen por resolver una serie de problemas cuyo enunciado (de responsabilidad extracontractual básicamente...) y cuyo desarrollo quizá excediera los contenidos de este artículo.

El Libro Verde tuvo la virtud de que tomándolo como precedente, la Comisión, dirigiera al Consejo con fecha 14 de Febrero de 1994, la Comunicación «Plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y el arreglo de los litigios entre los consumidores en el mercado interior», en el que ya incidiendo en los litigios sobre materia de consumo y su dimensión comunitaria propone una serie de iniciativas y propuestas que quieren potenciar los dos mecanismos de acceso a los consumidores a la justicia: la promoción de los dos procedimientos extraordinarios y la facilitación del acceso a los procedimientos judiciales.

Para dar cumplimiento a lo anterior la Comisión apoya la propuesta de Directiva sobre una acción de cesación para la protección de los intereses de los consumidores (Doc. COM (95) 712 final) adoptada el 24 de Enero de 1996, y cuya finalidad no es otra que, partiendo del reconocimiento mutuo de las Asociaciones de Consumidores, así como de cualquier otro organismo con competencia para actuar en defensa de tales colectivos, permitirles actuar en cualquier otro Estado, aunque se trate de materias ya armonizadas a nivel comunitario. A tales efectos los Estados miembros deberán comunicar a la Comisión la lista de Asociaciones y Organismos cualificados para actuar en defensa de los intereses colectivos de los consumidores.

Además la Comisión propone al Consejo la adopción de un plan de trabajo para la confección de una Recomendación que fije los criterios mínimos a nivel europeo para el acceso a la justicia del consumidor a través de procedimientos extrajudiciales (imparcialidad del órgano encargado de atender los litigios, la eficacia y transparencia del procedimiento, la información a las partes —especialmente cuando se hallen domiciliadas en países diferentes—) la protección que a cada consumidor le garantizan las disposiciones imperativas de la ley del país en el que tiene su residencia habitual sobre la aplicación de códigos de conducta, y el derecho del consumidor a dirigirse ante las jurisdicciones competentes para la solución del litigio (Ver Anexo II del Doc. COM (96) 13 final).

Pero como por otra parte, la Comisión es consciente de que tales procedimientos extrajudiciales «sólo pueden plantearse sobre una base estrictamente VOLUNTARJA, ni los profesionales, ni los consumidores pueden ser obligados a adherirse (en tal sentido Doc. últimamente citado). Criterio que ya había sostenido y declarado el propio Parlamento Europeo al manifestar que «cuando todos los procedimientos amistosos fracasan, es necesario que las partes puedan encontrar una solución por vía judicial a un coste razonable, teniendo en cuenta el valor económico en juego preconizando «una cierta armonización de las normas procesales de los Estados miembros, al objeto de la instauración de un procedimiento comunitario, hasta una determinada cuantía, para tramitar con rapidez los litigios Individuales transfronterizos» (Resolución de 22 de Abril de 1994). Ello supondría naturalmente que la Comisión abandone cualquier intento de armonización de los procedimientos, sin que ello le impida concentrar sus esfuerzos en facilitar un mejor acceso por parte de los consumidores a los procedimientos ya existentes en cada país y tendentes a la aproximación de las partes a un litigio intracomunitario.

Ha de concluirse por tanto sobre este último tema que es el criterio de la «voluntad» de los procedimientos extrajudiciales el que en gran medida condiciona toda la problemática del arbitraje en cuanto a las normas de derecho estrictamente comunitarias en la materia o al menos para aplicarse las mismas con gran prudencia.

3. DESDE EL ARTICULO 51 CE AL ARTICULO 31 DE LA LEY GENERAL DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE 1984

El artículo 51 de la Constitución Española obliga 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 económicos.

Sin perjuicio de ulteriores precisiones del precepto transcrito, el mismo como ha sido destacado, tiene carácter normativo y vinculante y aunque se ha dicho del mismo que presenta imperfecciones técnicas en su redacción, las mismas no deben ser acentuadas ni llegar a la conclusión de que nos encontremos ante una norma de carácter programático, ya que en el texto constitucional existen desde luego, elementos suficientes para un desarrollo adecuado y armónico de la protección del consumidor (3).

RUIZ RICO califica de llamativa la referencia a «los procedimientos eficaces» que garantizan los poderes públicos para la protección de consumidores y usuarios y lamenta no sumarse al clamor general sobre la conveniencia de afirmar que los procedimientos han de ser eficaces, afirmando «Bien que comparta los pathos del subrayado, me parece reiterativo e incoherente. Podemos comprobarlo inmediatamente bajo el "efecto de inversión". ¿Tendría sentido decir que los "poderes públicos garantizarán las defensa de los consumidores y usuarios mediante procedimientos eficaces"...? La eficacia del procedimiento debe darse por supuesta. No es necesario que se mencione expresamente».

(3) Ver en «Comentario al artículo 51 de la Constitución» en Comentarios a las Leyes Políticas, dirigidas por ALZAGA VILLAMIL, O. Tomo IV, Madrid, 1984.

Por el contrario. Alberto Bercovitz estima que «es importante que esta exigencia se haya incluido en este apartado primero para destacar el carácter fundamental que la misma tiene para la protección de los consumidores a pesar de tratarse de una exigencia procedimental. En efecto, la experiencia diaria demuestra que de nada sirve el reconocimiento de derechos a los consumidores si no se arbitran los procedimientos que por su sencillez y su accesibilidad y eficacia puedan hacer que la realización de aquellos derechos sea efectiva. En este sentido es un acierto de la Constitución haber destacado de esta manera la importancia que las cuestiones procedi-mentales tienen en materia de protección a los consumidores».

Se hace preciso reconocer con LOZANO HI-GUERO que la fórmula del precepto constitucional tiene evidentes imperfecciones técnicas: además de la impropiedad del término procedimientos, la observación de que la tutela jurisdiccional, a salvo de supuestos como la vía interdictal, protege derechos (por tanto el derecho a la salud, etc.) y que, de poco sirve que el cauce procesal pueda, aparentemente, ser más eficaz, si la institución jurisdiccional, en definitiva el servicio público de la Administración de Justicia, no lo es.

Ello no obstante, a nuestro juicio, la «eficacia» constituye una EXIGENCIA NORMATIVA VINCULANTE; y que la misma debe predicarse tanto de los procedimientos, como de los órganos a quienes se atribuyera su llevanza, y en conjunto, de las instituciones que integran la tutela jurisdiccional, en fin. del Servicio Público de la Administración de Justicia.

Ahora bien, ni la palabra DEFENSA, ni la locución PROCEDIMIENTOS EFICACES permite deducir que tras de las mismas se halle recogido el instrumento arbitral privado o institucional para resolver las quejas de los consumidores y usuarios, pues tal defensa puede conseguirse de múltiples maneras, como la Información, la educación y la participación activa en las cuestiones que puedan afectarles, mediante la AUDIENCIA también asegurada en el artículo 51.2, y que incluso algunas de las PROTECCIONES, como la Seguridad o la Salud, ni siquiera se podrán buscar a través de procedimientos arbitrales, aunque de otro lado no pueda ignorarse que la expresión EFICACES estuviera referida precisamente a los procedimientos judiciales en esa materia.

Además, lo que resulta evidente es que con independencia de que se discuta el alcance del artículo 31 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y de que incluso según alguna doctrina, no fuera más allá de una declaración de intenciones, es lo cierto que al menos desde la perspectiva que le venimos confiriendo a esta expresión, y siguiendo a CASA VALLES (4) el artículo 31 sirvió para:

1.º Prever, de forma imperativa, «un sistema arbitral» para resolver las reclamaciones de los consumidores. Tanto la expresión «resolver» como el carácter «vinculante y ejecutivo» de la decisión, resultan inequívocos en cuanto a la naturaleza de la institución. No obstante, el inciso final («sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial») han dado lugar a algunas confusiones, habiéndose llegado a opinar que el artículo 31 LCU no establece un verdadero arbitraje o que el sistema en él previsto deberá ceder ante eventuales procedimientos

administrativos o judiciales. Tales conjeturas carecen de base. La protección administrativa sólo significa que, con independencia del arbitraje y sin interferirlo, la Administración podrá llevar a cabo las actuaciones que le correspondan (por ejemplo, instrucción de un expediente sancionador). En cuanto a la protección judicial, no es otra que la que deriva del eventual recurso a los Tribunales en la medida en la que la legislación general de arbitraje admite la impugnación judicial del laudo.

2.º Encomendar al Gobierno el establecimiento del sistema arbitral. Este mandato se produce en términos muy imprecisos. Si nos atuviésemos a la letra del artículo 31 LCU, incluso cabría dudar si el encargo va más allá de la mera creación de la infraestructura del «sistema», sin incluir la posibilidad de dictar una normativa específica para el arbitraje de consumo. No obstante, como se verá, las insuficiencias de la LCU en este terreno han sido resueltas por la LA.

3.º Establecer algunos aspectos básicos del futuro arbitraje de consumo.

En síntesis: 1. El sometimiento al mismo ha de ser libre, constando la voluntad de las partes necesariamente por escrito; 2. Su objeto lo constituirán «las quejas o reclamaciones de los consumidores», salvo cuando «concurra intoxicación, lesión o muerte» o «existan indicios racionales de delito»; 3. Los órganos arbitrales han de tener una composición tripartita, con representación de los sectores interesados, de las organizaciones de los consumidores y de las Administraciones públicas competentes; 4. El procedimiento ha de ser flexible («sin formalidades especiales»), y 5. La decisión tendrá carácter «vinculante y ejecutivo».

(4) Así en Comentarios a la Ley General para la Defensa del Consumidor y Usuario, dirigida por BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO.

El artículo 31 de la Ley 20/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, preceptúa que:

«1. Previa audiencia de los sectores interesados y de las asociaciones de consumidores y usuarios, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución.

2. El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresa mente por escrito.

3. Los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones Públicas dentro del ámbito de sus competencias».

Si todos los preceptos tienen entre otros criterios de interpretación, los antecedentes históricos, en el presente caso los mismos suponen cierta relevancia, para aclarar cual fuera la «mens.legislatoris», plasmada en la «mens legis».

Es de sobra conocido al respecto que en el debate parlamentario el Grupo Popular defendió la judicialización, proponiendo inicialmente incluso la supresión del arbitraje y defendiendo, en el caso de que fuese aceptado, su carácter privado. Por el contrario, el Partido Socialista mantuvo la naturaleza procesal del arbitraje y defendió frente a la judicialización un sistema arbitral ad-ministrativizante.

Parece que a la vista del precepto transcrito, se puede advertir una serie de elementos definitivos del mismo y que de forma sintética serían las siguientes:

Creación de un sistema arbitral sectorial —para atender las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios (legitimación activa, pues, constreñida a la condición de consumidor o usuario, pero sin que se prevea que la otra parte contratante, que denominaremos genéricamente empresario, pueda acudir al sistema iniciando la reclamación contra el consumidor o usuario, aunque la cuestión tenga menos trascendencia, y, desde luego, no se trate de tutela de la parte hipotéticamente mas débil en la relación contractual, lo que no deja de afectar al principio de igualdad)—; objetivamente constreñido a reclamaciones basadas en derecho privado, con exclusión obvia de las de carácter penal; procedimiento sin formalidades especiales; resoluciones con carácter vinculante y ejecutivo, sometimiento voluntario y expresamente por escrito; en lo subjetivo, naturaleza orgánica e institucional con integración tripartita: representantes de los sectores interesados, organizaciones de Consumidores y usuarios y Administraciones Públicas.

Aunque la Ley establece unas líneas abstractas y sumamente generales, ello no obstante, parece que se ha optado por un sistema arbitral en el que la Administración ostenta desde luego, un significado importante, y un papel ciertamente preponderante.

Ese criterio lo ha resaltado CASAS VALLES (5), a través de las siguientes reflexiones:

«A diferencia de lo que sucede en otros países, donde los conflictos de consumo se resuelven en un marco privado, en España se ha optado por un arbitraje en el que la Administración —por general la local— tiene un papel protagonista. No sólo proporciona la sede y medios materiales para el funcionamiento de los órganos arbitrales, sino que incluso está representada en ellos (vid.. art. 31.3 LCU). Lo primero parece necesario para asegurar que "el sistema arbitral" cubra todo el territorio español y sea gratuito, pero lo segundo se presta a la polémica. Aun prescindiendo de las críticas de inconstitucionalidad, que creo infundadas, cabe hacer algunas objeciones.

(5) Así en Comentarios citados.

El árbitrale suele presentarse como una forma privada de solución de conflictos, ajena a toda burocratización y en la que el llamado a decidir no goza de más autoridad que la que deriva de su designación por las partes. ¿Encaja con esos principios un arbitraje radicado en la Administración y en el que el representante de ésta puede ser quien, en la práctica, la acabe decidiendo? La Administración Pública —piénsese en un municipio mediano o pequeño— es susceptible de presiones indebidas y, las haya o no, puede actuar movida por criterios políticos. ¿Confiarán las empresas en este sistema? Y, en el caso de entidades extranjeras o multinacionales, ¿considerarán asegurado el principio de «neutralidad» del arbitraje?

Aun con absoluta garantía de imparcialidad, seguiría habiendo inconvenientes. Por ejemplo ¿en qué queda la famosa «discreción» de un arbitraje administrativizado? y, sobre todo ¿no existe el peligro de que la Administración, en base a la información obtenida, adopte medidas contra la empresa, imponiéndole sanciones? ¿Acaso no es la propia LCU (art. 31.1) la que advierte que el arbitraje tiene lugar «sin perjuicio de la protección administrativa»? Téngase en cuenta que, en el curso del arbitraje, la Administración puede llegar a conocer datos «sensibles», no sólo en cuanto a la normativa de consumo, sino también de índole laboral o fiscal. Esos mismos datos, en un proceso judicial, aunque saliesen a la luz, quedarían sepultados en un archivo sin mayores consecuencias.

La decisión de vincular el arbitraje a la Administración se ha justificado por la necesidad de asegurar, en favor de los consumidores, la imparcialidad del órgano arbitral. Desde luego, no es criticable —al contrario— el deseo de evitar un arbitraje controlado, aunque sólo fuese en apariencia, por intereses empresariales. Pero conviene insistir, una vez más, en que el éxito del arbitraje de consumo no depende sólo del interés de los consumidores sino, sobre todo, de la voluntad de las empresas. Si éstas no colaboran todo quedará en nada».

El hecho por otra parte de que el precepto comentado esté dominado por el aspecto adminis-trativizante, no excluye el carácter sincrético combinado con el jurisdiccional del mismo, y desde luego dentro de los mecanismos alternativos arbitrados para absorber estos conflictos, que en el Derecho Comparado se engloban bajo la denominación «Consumer Complaint Bqards» y del que la muestra más eficaz en el continente europeo, lo representan las «Comisiones de Reclamaciones» de los países nórdicos, las cuales son órganos de carácter público que tienen a un Juez como presidente, así como vocales que representen los intereses de los consumidores, comerciantes e industriales. El procedimiento de las comisiones es realmente sencillo, y por regla general, escrito. La Comisión presenta decisiones o resoluciones motivadas que tienen el carácter de recomendación, demostrándose por experiencia que los comerciantes suelen acomodarse y ajustarse a la decisión adoptada por la Comisión. Para el caso de que no sea éste el resultado existe la posibilidad de llevar la cuestión a los Tribunales con la decisión adoptada por la Comisión de reclamación como base.

En todo caso, debían de haberse tenido en cuenta las posibilidades de autorregulación con la finalidad de evitar las desconfianzas que en el tema suscita la Administración en relación con los empresarios e incluso con las Asociaciones de Consumidores, sobre todo cuando se trata de asuntos de extraordinaria importancia en los que resultan implicados los intereses de multinacionales y empresas públicas.

No sé si llegado este momento puede hablarse de «MODA DEL ARBITAJE» o no, pues es lo cierto de que a pesar de existir un aprecio social, general e incrementado prácticamente en todo el mundo de manera progresiva, la actuación de las Juntas Arbitrales, al parecer no han resultado hasta el momento un éxito. En España por ejemplo no existe una tradición favorable al arbitraje y curiosa o paradójicamente resulta que el ciudadano confía más en los jueces a pesar de las deficiencias y déficits de credibilidad de la Institución de la Justicia, que en la institución arbitral. Fenómeno que no me extraña en absoluto si me atengo a la contradicción

que existe entre desconfianza ante la Justicia, y la cada vez mayor demanda que existe ante la misma como se desprende del Libro Blanco de la Justicia, «razón» a la que me referiré más adelante.

4. HACIA UNA CONFIGURACIÓN DEFINITIVA DEL ARBITRAJE

Desde luego no parece que pueda negarse, que la Ley 36/1988, de 5 de Diciembre, de arbitraje, ha operado un cambio de signo y de orientación respecto de la legislación que le precediera al menos de «lege data». Otra cosa será la crítica, elemental crítica por supuesto, que sobre sus Disposiciones Adicionales debemos realizar.

La Disposición Adicional Primera de la Ley de Arbitraje dispone:

1. La presente Ley será de aplicación a los arbitrajes a que se refieren la Ley 26/1984, de 19 julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios (...). 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.

La Disposición Adicional Segunda añade:

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

2. Se adiciona un párrafo final en el artículo 10.1 de la Ley 26/1984, de 19 julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, con la siguiente redacción:

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

Quizá el dato de mayor trascendencia de la nueva Ley de Arbitraje sea el que asume un modelo que puede acoger las exigencias de un sistema arbitral como el previsto en el artículo 31 LCU, y porque al tiempo se ordena el desarrollo definitivo del modelo arbitral de consumo. El paso dado en la Ley de Arbitraje respecto del arbitraje de consumo tiene un carácter específicamente conformador. En el ámbito de la celebración del convenio arbitral se añade a la exigencia del párrafo 1 del artículo 5 LA (expresar la voluntad inequívoca de las partes) y del párrafo 2 (validez del pacto incorporado a un contrato de adhesión), la de que dichos pactos sean claros y explícitos (art. 10.1 LCU). La disciplina de la protocolización del laudo (art. 33.2 LA) queda suprimida al permitirse la constancia de la decisión arbitral sin necesidad de acudir al Notario (Disposición Adicional Primera, párrafo 1). Finalmente proclama la gratuidad de la administración del arbitraje (Disposición Adicional Primera, párrafo segundo).

Ahora bien, aunque alguna doctrina (Reglero Campos, Solanes) dedujeran de la expresión «claros y explícitos» de la Disposición Adicional Segunda, párrafo segundo, una relativa protección al consumidor, la cuestión resulta ciertamente dudosa, si se repara en la actitud del legislador, pues después de haber optado por el sistema predominantemente administrativizante, se admitía que el empresario, a través de condiciones generales cambiase el sistema.

Con razón SILVIA DÍAZ ALABART (6) expresa su perplejidad, al comentar el párrafo segundo de la Disposición Adicional Segunda de la Ley de Arbitraje 36/1988, de 5 de Diciembre, escribiendo:

«Se establece la posibilidad de que el predisponente, empresario, incluya en sus condiciones generales de contratación una cláusula que imponga un arbitraje distinto del contemplado en el artículo 31 LCU. Por más que la propia norma introduzca un elemento corrector favorable al consumidor —contratar, aun sin aceptar el arbitraje propuesto—, tal posibilidad no parece comprensible en una norma presuntamente protectora del consumidor o usuario. Bien está que se admita que el arbitraje puede ser el procedimiento más adecuado para solventar las reclamaciones surgidas de la contratación en masa con consumidores, pero es igualmente seguro que, para que sea así, tal procedimiento deberá adecuarse a las circunstancias propias de la relación consumidor-empresario. La principal de esas circunstancias es la situación de inferioridad de condiciones del primero frente al segundo, que ha llevado al legislador a crear un arbitraje especial, el del artículo 31 LCU. ¿Por qué entonces se admite que se pueda incluir en condiciones generales un arbitraje normal?».

También desde una cuestión interpretativa la doctrina difiere. RAFAEL ILLESCAS se plantea el significado del nuevo párrafo final del art. 10.1 de la Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios introducido

por la Disposición Adicional Segunda, párrafo 2 de la Ley de Arbitraje. En relación con la crucial cuestión acerca del arbitraje que, caso de conflicto, habrá de ser utilizado por las partes —el genérico de la LA especialmente pactado o el específico de consumo del artículo 31 LCU— estima que la solución a la incógnita, siendo necesario que el uno o el otro se pacten por escrito, habrá de buscarse en el tenor de los pactos suscritos por las partes y es ahí donde la claridad y el carácter explícito legalmente requeridos para los convenios sometidos a la LA sirve de criterio interpretativo. Efectivamente, parece como si el legislador ante cualquier oscuridad de las voluntades negociales en la materia prefiriese el recurso de arbitraje institucionalizado por el artículo 31 que la utilización de la propia LA. A esta conclusión conduce también el inciso final del nuevo párrafo del artículo 10.1 LCU en el que se preceptúa —con notoria ingenuidad— que «la negativa del consumidor o usuario a someterse a un convenio arbitral distinto del previsto en el artículo 31 (LCU) no podrá impedir por sí misma, la celebración del contrato principal». Loable intención ciertamente, pero las intenciones legislativas, conviene tener presente, no mueven la voluntad negocial de quien constituye determinada cláusula de una invitación u oferta contractual en condición necesaria para que de la invitación u oferta contractual en condición necesaria para que de la invitación o la oferta al contrato se pase. La mención legal, por lo tanto, siendo poco útil en orden a perfeccionar contratos con cláusulas distintas de las deseadas por una de las partes, resulta indiciaria del objetivo legal en la materia: antepone el sistema arbitral del artículo 31 al arbitraje común de la LA acarreado cualquier oscuridad sobre ésta la utilización inmediata de aquél.

(6) Ver en «El arbitraje de consumo (RD 636/1993 de 3 de Mayo)» en Estudios sobre Derecho de Consumo. Bilbao 1994.

Para obviar y evitar contradicciones interpretativas DÍAZ ALABART llega a la siguiente conclusión hermenéutica.

«La Disposición Adicional 2.8 concede al consumidor la posibilidad de contratar, aun sin aceptar el arbitraje diferente del previsto en el artículo 31 LCU que se le impone en condiciones generales. Si el predisponente no quiere renunciar a este pacto, la consecuencia lógica en la práctica es que no se podrá llegar a contratar. Tal situación determina que la ventaja legal otorgada al consumidor —permitiéndole aceptar o no ese arbitraje no especial— sea sólo una mera apariencia vacía de contenido. La única posibilidad que tendría el consumidor para hacer valer su derecho cuando el predisponente se negara a contratar (por haber excluido el consumidor el arbitraje que proponía) sería la de demandarle ante los Tribunales, pidiendo que se le comine a contratar. Semejante solución pondría de relieve la inutilidad del precepto. Parece aconsejable hacer otra lectura del mismo, que (concordando o no con la voluntad del legislador) no deje inerte al consumidor. Lo primero que salta a la vista es que si de verdad el consumidor puede negarse a aceptar un arbitraje cualquiera, y sin embargo realizar el contrato principal, la única forma de conseguir ambos objetivos es permitiéndole rechazar la cláusula arbitral a posteriori, una vez perfeccionado el contrato sin que semejante rechazo cuestione la eficacia del mismo».

5. EL ARBITRAJE DE CONSUMO EN EL RD 636/1993 DE 3 DE MAYO

a) Su estructura y naturaleza jurídica

Con el RD 636/1.993 de 3 de Mayo se culmina y se pone punto final, por ahora naturalmente, al itinerario que iniciara la Ley de 1988 explicitando los deseos de proveer a los consumidores y usuarios de procedimientos extrajudiciales rápidos y eficaces.

Excedería con mucho a los propósitos de este artículo, adentrarnos en el estudio y desarrollo del régimen jurídico del citado RD. Importa ahora anotar que el mandato recibido por el Gobierno por imperativo de la Ley de Arbitraje (Dis. Adic. 2.a) fue cumplido estableciendo características en distintos aspectos de este sistema arbitral. Los artículos 1 y 2 regulan el objeto; los artículos 3 y 4 configuran las Juntas Arbitrales de Consumo; los artículos 5 a 9 se refieren a la formalización del convenio arbitral; los artículos 10 a 12 regulan el procedimiento; los artículos 14 a 17 disciplinan la formación del laudo; una disposición transitoria contempla los casos de los arbitrajes de consumo formalizados con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma. En un anexo se establecen las características del anagrama distintivo de los productores, importadores o suministradores de bienes o servicios. Todos los preceptos de este Real Decreto constituyen derecho especial. Como se hace necesario destacar, aunque sea elementalmente, que el arbitraje, a la vista de analizar normas establecidas por una Comunidad Autónoma de consumo, es considerado por la STC 62/1991, de 22 de Marzo (RTC 1991, 62) (7), como un EQUIVALENTE JURISDICCIONAL, mediante el cual las partes pueden obtener

los mismos objetivos que con la jurisdicción civil — una decisión que ponga término al conflicto con todos los efectos de cosa juzgada— y por eso la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento del procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia, tal como lo confirma la supletoriedad que respecto del artículo 31 de la Ley 26/1984 establece la Disp. Adic. 1.ª de la Ley Estatal 36/1988, de 5 de Diciembre de Arbitraje. Con antelación la STC 15/1989, de 26 de enero (F.9S, b) (RTC 1989,15) (8) se habría pronunciado en igual sentido al atribuir a la competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6 y 8) el establecimiento de un sistema general de arbitraje.

Ya con posterioridad al RD 636/1993 el ATC 326/1993, de 28 de Octubre, y sobre la base del Equivalente Jurisdiccional, configura la función del arbitro que zanja una controversia mediante un laudo de Derecho como ejercicio de una potestad de iuris dictio. Y el ATC 259/1993, de 20 de Julio afirma la función ejercida por el arbitro como PARAJURISDICCIONAL o CUASIJURISDICCIONAL

Como ya hemos indicado antes, el arbitraje es siempre voluntario excluyéndose el genuino arbitraje para aquellos conflictos establecidos, bajo la especie de «arbitraje público obligatorio».

b) Caracteres

Dentro de la línea adoptada por el legislador al establecer fórmulas arbitrales en diversas especialidades del derecho privado e incluso en el derecho público (art. 107.2 Ley 30/1992 de 26 de Noviembre), encontramos el arbitraje de consumo del que puede predicarse su especialidad y que puede caracterizarse por las siguientes notas:

1) Administrativación. Ya se ha indicado que la Administración, juega un papel importante especialmente, la LOCAL, al facilitarse con ello la sede del Tribunal arbitral y está representada en el mismo (art. 31.3 LCU). Circunstancia que como ya hemos indicado sugiere la crítica por que el sistema arbitral de consumo es por encima de todo una forma privada de solución de conflictos y naturalmente la participación de la Administración en el Tribunal puede tener influencias a través de expedientes sancionadores por los datos que conozca la Administración en el conocimiento del litigio y referidos a algunas de las partes.

2) La condición de los sujetos. Esta característica puede manifestarse con un doble sentido. En un sentido de unidireccionalidad, pues el artículo 31.3 LCU sólo contempla las quejas y reclamaciones de los consumidores, pero no las que puedan provenir de la otra parte en la relación de consumo. Tal carácter se manifiesta en el artículo 2.1 del RD, artículo, que si bien no contempla la otra parte, puede inferirse del artículo 4,a) en el sentido de los que «produzca, importen, suministren o faciliten bienes o servicios... En este punto se hace necesario tomar en consideración la calidad física o jurídica, pública o privada de las personas que se hallan en esta calificación atributiva de operaciones de consumo.

3) Ámbito objetivo de aplicación. En sentido positivo podría decirse que el marco en el que se puede desarrollar el sistema de arbitraje de consumo sera en aquellas relaciones creadas entre particulares que no se encuentren expresamente excluidas por la LCU y el Real Decreto 636/93 (y que son las que vienen enunciadas en el artículo 2.2 del Real Decreto, y que repite literalmente el contenido del artículo 2.1 LA, aunque como letra «d») añade un supuesto que reproduce el artículo 31 LCU: «...las cuestiones en las que concurran intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito».

(7) Tal sentencia resolvía la impugnación del Estatuto Gallego del Consumidor.

(8) La anterior sentencia también se refería a la impugnación de igual Estatuto

Obvio sería decir que no sería pensable que en un arbitraje de las características como el estudiado se introdujeran cuestiones que nada tienen que ver con el consumo, incluso aunque estuvieran relacionadas con una de las partes que, por su calidad, podría ser considerada sujeto potencial de un arbitraje de consumo. Queda por hacer dos consideraciones en cuanto al ámbito de aplicación del sistema arbitral de consumo.

Primera: La existencia de un arbitraje de consumo no supone la exclusión de un arbitraje especial por razón de la materia (D.A. 2a.2s LA y artículo 10.1.c) LCU). Estos otros arbitrajes son los sectoriales (Seguros, Transportes) y los previstos en las leyes autonómicas que presentan algunas especialidades frente al general de consumo.

El consumidor en tales casos podrá optar por el que le conviniere, el especial o el general de consumo o aun el general de la Ley de Arbitraje. Se trata siempre de favorecer al consumidor por lo que la decisión final del sistema a seguir es suya.

Segunda: En el sistema arbitral de consumo no existe, ninguna limitación para el sometimiento por razón de la cuantía, como por ejemplo solo existe, cualquiera que sea la cuantía de la controversia, las partes podrán someterla a los Tribunales Arbitrales de Consumo.

Tal voluntariedad, que resulta por lo demás del artículo 31.2 LCU y de los artículos 24 y 117 CE, habrá de hacerse expresamente y por escrito.

Sin embargo resultaría contradictorio con esa proclamada voluntariedad la exigencia establecida en el artículo 1.2 del Real Decreto 287/1991, de 8 de Marzo, sobre la utilización del arbitraje para lucrar el beneficio de justicia gratuita, que fue posteriormente declarado nulo por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 27 de Mayo de 1993 (RJ 1993, 3457).

4) Gratuidad. Pese a hallarse establecida en la Disp. Adic. 1s,2a LA, tal gratuidad no es total pues las pruebas practicadas a instancia de parte serán satisfechas por ella (art. 13,3 RD 636/93), conforme al cual cabe la imposición de las costas a una de las partes y si acuden defensas por Abogado, al no ser preceptiva su intervención, tendrán que sufragar sus honorarios.

5) Celeridad. Aunque ésta nota ha estado latiendo a lo largo del trabajo, al ofrecer este arbitraje una solución alternativa a la Justicia estatal, el legislador ha introducido el carácter que pueda diferenciarlo de aquélla en un aspecto que puede tenerse en cuenta a la hora de preferirlo: la rapidez. En tal sentido el artículo 14 dispone que «el laudo arbitral deberá dictarse en el plazo máximo de cuatro meses desde la designación del Colegio Arbitral». Cuestión distinta es que el plazo puede ser prorrogado por acuerdo expreso de las partes antes de que expire el plazo inicial.

c) Órganos y funcionamiento

Sólo por cuanto sirva para completar la estructura del Decreto, traemos a continuación la regulación de sus aspectos más destacados.

Órganos. A los mismos se refiere los capítulos II y IV en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 31.3 LCU y de la Disp. Adic. 2-. La Ley crea dos órganos en el sistema arbitral de consumo: Las Juntas Arbitrales y el Colegio Arbitral.

JUNTAS ARBITRALES

Se trata de unas Juntas que pueden tener un ámbito nacional, municipal de mancomunidad, provincial o autonómico, según establece el artículo 3.2, con la composición a que se refiere el artículo 3.4 con las funciones, contenidas en el artículo 4. con la competencia del artículo 3.3. Se trata de órganos de la Administración Pública de la que dependen. Así resulta del artículo 3.1 (adscripción al Instituto Nacional de Consumo de la Junta Nacional) y del artículo 3.2. que exige la creación de las Juntas inferiores y por convenio entre el INC y la administración pública competente.

COLEGIO ARBITRAL

Se trata de un órgano colegiado, no administrativo, designado de forma específica para cada controversia (art. 10) «leí procedimiento arbitral de consumo comenzará con la designación del colegio arbitral...» y artículo 11: «se constituirá un colegio arbitral específico...») con una composición regulada en el artículo 11, y entre las características comunes de los árbitros están las reguladas entre los artículos 17 a 19, con un nombramiento y aceptación establecida en el artículo 22.1, debiendo producirse la aceptación por escrito ante la Junta en el plazo de 15 días desde el nombramiento (art. 15 LA).

6. A MODO DE CONCLUSIONES

Un artículo de las características como las del presente que ha girado en torno a unos comentarios sobre normativa tanto de derecho interno, como de derecho comunitario, suscita una serie de interrogantes todavía incontestados, de algunas conclusiones y por supuesto de ciertas propuestas de «lege ferenda» aplazadas por una serie de razones que se han venido esgrimiendo, y puedan arbitrarse en un futuro próximo.

Con un alcance limitado tales cuestiones las exponemos a continuación enlazando unas con otras por cuanto entre las mismas existen una estrecha e inevitable relación.

a) Los interrogantes

El Informe Final del Comité de Protección del Consumidor publicado en Inglaterra en el año 1962 decía que «consumidor es todo el mundo en todo momento»: el comprador, el arrendatario, el usuario, el prestatario, el cuentacorrentista, el espectador, el que consume ocio, el turista. Es una forma de existir y de insertar al sujeto jurídico en el fenómeno económico.

Lo que ha sido denominado Zeitgeist («espíritu de la época») consumista que lo envuelve todo, supone el funcionamiento de los recursos para la defensa del ciudadano y protección de la calidad de vida.

La anterior advertencia obliga a buscar los medios más perfectos de defensa del consumidor: en la información, en la formación y en la tutela judicial o extrajudicial ofrecida cuando ve transgredido su derecho.

Desde la Ley de represión de prácticas restrictivas de la competencia de 1963 en la que ya se aludía, en nuestro país, al consumidor, como sujeto que hay que defenderlo contra los abusos derivados de las restricciones, hasta nuestros días, se han llevado a cabo diversas actuaciones legislativas con el punto de mira puesto en el consumidor. Toda la legislación que no se hace necesario enunciar aquí (alguna desarrollada a lo largo del trabajo), parte de una serie de presupuestos que son caracteres generales concurrentes en la experiencia económica del consumo. Si ello es así, surgen una serie de interrogantes a los que hay que dar respuesta: ¿Qué supone todo lo anterior sin que correlativamente exista una política de adecuación de los procedimientos judiciales para hacer efectivos los derechos eventualmente negados al consumidor? Pese a los logros conquistados, ¿ha existido realmente una política estatal que determinadamente haya buscado cumplir las exigencias mínimas de los dictados comunitarios? ¿Existe una legitimación ciudadana para exigir al legislador una actuación cabal y coherente, en materia procesal, con un decidido propósito de defender al consumidor? ¿Dónde radican los «niveles» de insatisfacción del consumidor? ¿Porqué llegado el momento de la realización del Derecho, los mecanismos arbitrados por la ley fallan? ¿Cómo puede llegar el consumidor a obtener de la justicia la legítima satisfacción por la lesión de sus intereses económicos?

b) Algunas conclusiones

A la vista de cuanto se ha venido exponiendo hasta aquí, se podría concluir estableciendo lo siguiente:

1. El legislador español ha realizado un importante esfuerzo legislativo en el establecimiento de un sistema de acceso a la justicia a través de mecanismos arbitrales que comienza con la inclusión de la LCU del artículo 31 y que concluye con la elaboración del RD 636/1993 de 3 de Mayo, por el que se regula el sistema arbitral de consumo.

2. Las limitaciones del sistema arbitral debieran de servir de estímulo al legislador para «completar» el sistema de acceso de los consumidores a la justicia por otras vías que las arbitradas y vistas hasta aquí, y en concreto por las vías jurisdiccionales. A tal circunstancia le obligaba el propio artículo 53.3 CE en el que se contiene un nuevo principio general del Derecho: la protección de los consumidores y usuarios y donde se establece la obligación de los poderes públicos, y entre ellos el legislativo, sin que éste hasta el momento actual haya tanteado este nuevo camino, aunque no se nos oculten las razones que se han venido invocando (reforma de la ley procesal civil, la situación de los órganos jurisdiccionales en nuestro país (escaso número de jueces y secretarios judiciales saturados de asuntos judiciales, la reforma de la oficina judicial...) y que el Libro Blanco de la Justicia pone de relieve con toda su crudeza.

c) Algunas propuestas

Enlazan con el anterior razonamiento algunas propuestas, naturalmente de «lege ferenda» que en lo sucesivo pudieran tenerse en cuenta.

1. Convendría, una reflexión más detenida sobre la actual experiencia de las Juntas Arbitrales, y naturalmente sobre su composición (sobre todo respecto a la figura del Presidente) la designación de sus miembros, especialidades del procedimiento arbitral, con especial referencia en lo relativo a los costes de las pruebas... régimen de funcionamiento etc...etc..

2. Aunque las Asociaciones de Consumidores se han concienciado de los múltiples supuestos en que han de intervenir, se hace necesario un mejor conocimiento de las posibilidades de su actuación en defensa de los intereses de sus asociados y ello tanto ante la conveniencia de acudir a instancias jurisdiccionales como ante las instancias arbitrales.

3. Quizá ante la existencia de múltiples arbitrajes de consumo, procediera estudiar la refundición de los mismos pues parece obvio que el tratamiento de tales sectores (de seguros, de transportes terrestres, de propiedad intelectual...) no puede tener un procedimiento diferenciado si los mismos han de verse en cualquiera de las instancias por las que se opte.

4. En cierta relación con el anterior punto parece deseable que se estudien los efectos que en orden al sometimiento del arbitraje de consumo —que es el género— tendría una modificación del comentado artículo 31 LCU en el sentido en que la Ley 13/1996, de 30 de Diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE de 31 de Diciembre de 1996) ha modificado el artículo 38 de la Ley 16/1987, de 30 de Julio de Ordenación de los Transportes Terrestres. Se quiere decir con ello, que convendría establecer una presunción legal de sometimiento al arbitraje de consumo en todos los contratos celebrados entre las empresas y los consumidores; presunción que solamente se destruiría en el supuesto de que una de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra parte su voluntad de no acatar dicho sometimiento.

No se nos ocultan algunas razones que pudieran invocarse de contrario pero desde luego no del suficiente peso como para descalificar la anterior propuesta, siempre claro está, que no se haga valer la posición dominante de los empresarios para excluirse de este sistema de resolución extrajudicial de conflictos, bastando con incluir en todo documento comercial entregado al cliente (oferta, presupuesto, nota de encargo, albarán, factura...) inconveniente, que a nuestro juicio no debería ser suficiente para la modificación del artículo 31 LCU en línea con la propuesta en el artículo 38 LOTT.

5. ¿Ante una posible contradicción? Quizá la contradicción insalvable se presente en los siguientes términos. Pese a la creciente y generalizada desconfianza en la Justicia en los momentos actuales, y al deterioro de su imagen, es lo cierto que cada vez se demanda más aquella por los ciudadanos. ¿Razón? por la que se recomienda por el Consejo General del Poder Judicial, acudir a la institución del Arbitraje. Si ello es así, demostrado por datos y cifras, una de dos: o se potencia decididamente la Institución del sistema arbitral de consumo, evitando las huidas del mismo, o se crean las pertinentes vías jurisdiccionales de acceso a la justicia para lo que sería muy conveniente:

a) Los estudios pertinentes y experimentales naturalmente sobre las posibilidades que en materia de consumo ofrece el juicio verbal, sobre las relaciones entre el principio rogatorio o dispositivo y el principio constitucional de protección del consumidor como parte más débil en las relaciones contractuales de consumo, y lógicamente la mayor intervención del Juez o del Secretario en el proceso para suplir el desconocimiento del Derecho por parte del consumidor.

b) Si ha habido intentos serios de crear Jueces dedicados exclusivamente a ciertas materias... podrían establecerse en nuestro sistema jurisdiccional «jueces de consumo» profesionales o no, y en este caso integrados por Jueces y Secretarios jubilados, profesores de Derecho no ejercientes como abogados... Todo menos quedarse en una línea de indefinición de los consumidores, pues de los datos del Instituto Nacional de Consumo («los consumidores españoles, presente y futuro, Ministerio de Sanidad, Madrid 1996 p.32 a 40») se pone de manifiesto que casi el cincuenta por ciento de las reclamaciones efectuadas por los consumidores y usuarios no llegan, porque el sistema no lo permite, a las Juntas Arbitrales de Consumo. El dato es lo suficientemente revelador para constatar que a los catorce años de vigencia de la LCU, las reclamaciones fundadas de los consumidores no han permitido a estos obtener la reparación del daño ni la indemnización de los perjuicios sufridos, por lo que habrá que convenir y concluir que la situación no es buena y que no se ha mejorado mucho en nuestro país con respecto a la situación anterior al año 1984. ¿Desconfianzas y falta de

vinculaciones reales de los que acuden al Arbitraje? Quizá haya que profundizar más en las «motivaciones» de los desistimientos de las partes...pero eso requeriría un estudio más psicológico que jurídico....

BIBLIGRAFÍA CONSULTADA

Los temas abordados en el presente trabajo desde una perspectiva u otra, han sido tratados por la cada vez más incensante y caracterizada doctrina científica. Ya se comprenderá que incluso autores que han llevado a cabo verdaderas SUMAS de Derecho Comunitario tienen que ser ahora omitidos. Me he apoyado no obstante, además de los que cito a pie de pagina, y otros de los que se carece de la Fuente, en los «Comentarios a la Ley de Arbitraje» Madrid 1991 de BERCOVITZ. R. y en Comentarios a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, Madrid 1992 coordinados por el mismo autor y SALAS J. y ambos hermanos BERCOVITZ (R. y A.) en Estudios Jurídicos sobre protección de los Consumidores, Madrid 1987.

Ya casi ultimado el presente trabajo he consultado sobre todo en algunas cuestiones referidas al Sistema Arbitral de Consumo, la monografía así titulada, elaborada por distintos autores, dirigida por Ignacio QUINTANA CARLO y Ángel BONET NAVARRO, y editada por Aranzadi (1997).

Colaboradores

MANUEL FROUFE TORRES

Es Doctor en Psicología y Profesor Titular del Departamento de Psicología Básica de la Universidad Autónoma de Madrid.

BENJAMÍN SIERRA DÍEZ

Es Doctor en Psicología y Profesor Titular del Departamento de Psicología Básica en la Universidad Autónoma de Madrid.

CLAUDIA LIMA MARQUES

Es Profesora Adjunta de la Universidad Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil. Doctora en Derecho por la Universidad de Heidelberg, Alemania. Directora Secretaria General del BRÁSILCON - Instituto Brasileño de Política y Derecho del Consumidor.

FRANCISCO JAVIER DE LA BALLINA BALLINA

Es Profesor Titular de Comercialización e Investigación de Mercado de la Universidad de Oviedo, Doctor en Ciencias Económicas con su Tesis sobre la Distribución sin Establecimiento y las Nuevas Tecnologías de la Información

(1993) y participa como autor de varios libros de Marketing, destacando: Marketing: Estrategias y Aplicaciones Sectoriales (1994 y 1998) y Comunicación Comercial (1997).

LUIS GONZÁLEZ VAQUÉ

Es Jefe de la División «Aplicación de los artículos 30 a 36 CE y supresión de las restricciones a los intercambios», Dirección General XV, Mercado interior y servicios financieros, Comisión Europea, Bruselas. De 1982 a 1987 fue Director del Departamento de Legislación alimentaria, veterinaria y fitosanitaria de la FAO, Roma. Profesor del Colegio Europeo de Parma (Italia). Miembro de honor de la Asociación Europea para el Derecho Alimentario y de la Asociación Catalana de Ciencias de la Alimentación.

JOSÉ MANUEL MARTÍN BERNAL

Es Doctor en Derecho y en Ciencias Políticas y Sociología por la Universidad Complutense. Es Magistrado y Profesor Titular de Derecho y autor de múltiples monografías, estudios y artículos de su especialidad. Pertenece al Consejo de Redacción de la Revista Estudios sobre Consumo.