

UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA AL ESTUDIO DEL PRINCIPIO DEL “*IN DUBIO PRO CONSUMIDOR*”

A LEGAL APPROACH TO THE STUDY OF THE PRINCIPLE “*IN DUBIO PRO CONSUMIDOR*”

*BELÉN IBOLEÓN SALMERÓN*¹
*GUSTAVO GARCÍA-VILLANOVA ZURITA*²

SUMARIO.- I.- INTRODUCCIÓN. II. – EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO. III.- LOS PRINCIPIOS EN EL PROCESO ARBITRAL DE CONSUMO. IV.- EL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO CONSUMIDOR*.- V.- CONCLUSIONES.

SUMMARY.- I. INTRODUCTION. II. - THE CONSUMER ARBITRATION SYSTEM. III.- THE PRINCIPLES IN THE ARBITRATION PROCESS CONSUMPTION. IV.- THE PRINCIPLE OF *IN DUBIO PRO CONSUMIDOR*.- V. CONCLUSIONS.

Resumen.- El sistema arbitral de consumo, se presenta como uno de los sistemas más eficaces para la resolución extrajudicial de resolución de conflictos. Principios administrativos y procesales se unen para conformar un proceso híbrido, fácil y sencillo, no exento de complejidades. En este proceso, el ciudadano pasa sin solución de continuidad de administrado a enjuiciable, siendo por tanto posible la aplicación de principios procesales algunos de ellos sin experiencia dogmática en este campo como el principio *in dubio pro consumidor*. De este modo, este principio se convierte en referente obligado para aquellos que por distintas causas tienen la obligación de operara y resolver asuntos que peses a su posible sencillez necesitan de una aporte jurídico que les de salida a los distintos supuestos. El beneficio de la duda debe ser aplicado sin paliativos, siendo pocos los pronunciamientos judiciales que se basan en este principio para alcanzar la solución.

Palabras clave: *dubio*, consumidor, arbitraje

Abstract.- The consumer arbitration system, is presented as one of the most effective for settling dispute resolution systems. Administrative and procedural principles come together to form a hybrid, easy and simple process, not without complexities. In this

¹ Profesora Contratada Doctora de Dº Procesal de la Universidad de Granada. Presidente de Tribunal Arbitral de la Junta Municipal de Consumo del Ayuntamiento de Granada.

² Vicesecretario General del Ayuntamiento de Almuñécar (Granada). Ex presidente de Tribunal Arbitral de la Junta Municipal de Consumo del Ayuntamiento de Granada.

process, the citizen passes seamlessly managed to actionable, making it possible to apply procedural principles dogmatic some without experience in this field as the principle in dubio pro consumer. Thus, this principle becomes obligated for those who for various reasons are required to operate and resolve issues that weigh its possible simply need a legal contribution to output them to different assumptions concerning. The benefit of the doubt should be applied unreservedly, with few judicial decisions that are based on this principle to achieve the solution.

Key words: *dubio*, consumer, arbitration

I.- INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local³, supuso inicialmente la derogación de las competencias locales en materia de defensa del consumidor. Efectivamente, esta ley determinaba de una parte un nuevo elenco competencial de la planta local, y lo que era más importante, el sometimiento de la asunción de cualquier servicio a la exigencia del mantenimiento de la suficiencia financiera y de la estabilidad presupuestaria, el nuevo bálsamo curativo de la voracidad competencial local. Ello fue puesto de manifiesto por la Federación Española de Municipios y Provincias en consulta efectuada para conocer el alcance de la nueva ley con relación a las oficinas municipales de información al consumidor.⁴

Como consecuencia de ello, tampoco el sistema arbitral de consumo se libraba del fatal desenlace. Ni siquiera tuvo la posibilidad de sobrevivir mediante las disposiciones transitorias relativas a salud, servicios sociales o inspección de consumo. Solo podría pervivir gracias a la disposición adicional tercera, relativa a las competencias autonómicas en materia de régimen local y sujeta, cómo no, a la estabilidad y a la suficiencia financiera.

Esta situación solo podía resolverse si la Comunidad Autónoma llegaba a su rescate como efectivamente sucedió. Pero al dejar esta posibilidad en manos de las Comunidades Autónomas, podría darse la paradoja de que existiesen desequilibrios en las Comunidades Autónomas en cuanto a la defensa de los consumidores en la medida en que unas permitieran su pervivencia y otras no lo hiciesen así, creando disparidades en la ciudadanía en función de su residencia. Andalucía (Decreto Ley 7/2014), Cataluña (Decreto Ley 3/2014), Galicia (Ley 5/2014) o Madrid (Ley 1/2014), son ejemplos que atestiguan el auxilio de las Comunidades Autónomas en la defensa del consumidor.

³ BOE 312 de 30 de diciembre

⁴ <http://www.femp.es/files/3580-775-fichero/Informe%20%20OMIC.pdf>
Revista de Estudios Jurídicos nº 14/2014 (Segunda Época)
ISSN 2340-5066. Universidad de Jaén (España)
Versión electrónica: rej.ujaen.es

En el caso Andalúz, no está de más recordar que la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía regulaba en su artículo 9, 15 la ordenación, planificación y gestión de la defensa y protección de personas usuarias y consumidoras, lo que incluía al arbitraje como elemento de esa competencia. Antes de ello, muchos municipios andaluces y fuera de nuestra Comunidad implantaron servicios de atención al consumidor que englobaban Juntas Arbitrales, creando una maraña de servicios municipales, al amparo de la cláusula de garantía que les otorgaba el artículo 2 de la Ley 7/1985, en la redacción anterior a la Ley 27/2013. La Ley de Autonomía Andaluza solo suponía un espaldarazo a esa competencia que los municipios suministraban a la ciudadanía.

El Decreto 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local⁵, aclara en su exposición de motivos que “ante la ausencia de reglas legales que señalen con claridad el régimen aplicable a las competencias (municipales) atribuidas en la legislación autonómica anterior a la entrada en vigor de la ley, la disposición adicional primera de la Ley 5/2014 dispone la continuación de su ejercicio en las condiciones entonces establecidas.”⁶ De este modo, vuelven por arte de magia las competencias desaparecidas en materia de defensa del consumidor y por tanto vuelven también las Juntas Arbitrales de Consumo, lo que sin duda es una magnífica noticia y sirve de introducción al tema objeto de nuestro trabajo

II.- EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO

La regulación del sistema arbitral de consumo goza de un gran predicamento en la ciudadanía, Una regulación fácil, aun cuando no exenta de ciertas críticas, en síntesis, ha tenido efectos positivos y entre ellos destacan en nuestra opinión la mayor profesionalización en los árbitros y su mayor rigor y, cómo no, la facilidad y ausencia de protocolo alguno. La regulación de 2008 ha supuesto a nuestro juicio como interesante y eficaz la introducción del árbitro único y el que la elección de los árbitros se abra a licenciados en derecho para los arbitrajes en derecho. Ya no están obligados a ser colegiados ejercientes sino simplemente licenciados en Derecho y pertenecientes al ámbito de la Administración. Esa opción ha sido elegida frente a la posibilidad de que fuese personal administrativo para cuyo ingreso fuese necesario una titulación universitaria superior (grupo A1) lo que habría limitado notablemente la posibilidad del ejercicio del arbitraje a un nutrido grupo de profesionales que sin pertenecer a tal grupo sí que han conseguido la titulación aunque no la ejerzan en la Administración⁷.

⁵ Boja número 101, de 28 de mayo

⁶ M. ZAFRA. “Sorprendente normativa autonómica para el desarrollo de la Ley 27/2013”. Diario Iustel, 9 de junio de 2014.

⁷ No es la primera vez que el legislador efectúa esa precisión. Así por ejemplo en los Tribunales de selección, frente al principio de especialidad, se prefiere el de titulación, como se acredita en el Art. 12 del Real Decreto 1451/2005, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ingreso, Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional del Personal Funcionario al Servicio de la Administración de Justicia.

En líneas generales, podemos afirmar sin temor a equivocaciones que el sistema arbitral de consumo goza a día de hoy de una más que merecida fama como medio de resolución de conflictos, de un más que merecido reconocimiento por parte de los distintos sectores del mundo jurídico y es un ejemplo permanente de mediación y de consenso. De esa “culpa”, tienen la responsabilidad las distintas Administraciones públicas territoriales que han sido capaces de escuchar y sentir como propia esa necesidad de ofrecer una alternativa sencilla, flexible y cómoda para los consumidores y un distintivo de calidad para los comerciantes, en la medida en que la adhesión al sistema arbitral es un plus de confianza que ofrecen a sus consumidores.

Ese medio alternativo en que consiste el sistema arbitral no puede ser considerado aislado del sistema alternativo de resolución de conflictos, puesto que no es un sistema autónomo e independiente. Se trata del último eslabón de una cadena de posibles soluciones a conflictos que, en algunos casos por la escasa cuantía de lo reclamado o en otros por la falta de confianza que los procesos judiciales ofrecen a los consumidores o quizá por la falta de medios, es muy probable que jamás llegaran a ser resueltos en sede judicial. Es en ese campo, por lo tanto, donde tiene su principal foco de acción el sistema alternativo de resolución de conflictos⁸. Un campo donde la mediación, el diálogo y el acercamiento de posturas entre ambas partes contendientes en un proceso de reclamación, son las armas principales de las que disponen los mediadores en consumo, formando un primer nivel de escalón que culmina en la celebración de vista arbitral, donde igualmente la mediación y el diálogo son la principal baza a jugar ya que un acuerdo satisfactorio entre las partes, conseguido gracias a la cesión de ambas partes, consumidores y usuarios, y aceptado por el Colegio Arbitral o el árbitro único y elevado a posterior laudo son el reflejo de un ideal próximo a la idea de justicia. No olvidemos en ese sentido que tanto la lógica del sistema como el juego conjunto de los artículos 42 del RDAC y del 19.2 y 415 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así lo permiten.⁹ Además, la ejecutividad del laudo refuerza su posición y eleva el acuerdo adoptado al nivel de título ejecutivo, lo que le dota de una fuerza persuasiva en caso de que alcanzado el acuerdo, una de las partes pretenda su incumplimiento.

Pero no todo el camino que puede alcanzar el sistema arbitral está recorrido. A nuestro juicio, existe un error de planteamiento que supone una cierta quiebra de las excelencias del sistema y que le resta un punto de eficacia e impide cerrar el círculo de

⁸ Decimos principal porque no existe limitación por razón de importe para la presentación de reclamaciones que pudieran acabar resueltas por medio de las Juntas arbitrales.

⁹ En el caso del Art. 42 del RDAC, y pese a que literalmente se habla de poder instar a la conciliación, a nuestro juicio parece más bien que se presenta como una obligación de los árbitros. Ello viene dado porque es un sistema alternativo, un sistema en el que la última palabra no tiene por qué tenerla el juez o árbitro, sino las partes de modo voluntario y negociado de mutuo acuerdo dado que se han sometido a él voluntariamente. Además esta conciliación, puede conseguirse a lo largo de todo el desarrollo de la vista (Art. 48.2) e incluso después de celebrada la misma (Art. 49.1, segundo párrafo). Y en tercer lugar, frente al proceso civil donde la transacción debe ser previa, en el caso de las Juntas Arbitrales no es necesario que sea previo, sino que puede acordarse en cualquier momento de la vista hasta que la misma haya terminado. Eso prueba que la intención del legislador es que la conciliación sea la norma principal del los laudos.

su enorme capacidad. Un vistazo al texto del RDAC, evidencia que dictado y notificado el laudo cesa la actividad del Colegio arbitral y de la Junta arbitral. Del Colegio en la medida en que así se deduce del texto íntegro del Capítulo IV denominado “Procedimiento arbitral”, y que arranca en el Art. 33 (Normas aplicables a la solución del litigio) y finaliza en el 50 (Notificaciones de las actuaciones arbitrales y del laudo). De la Junta arbitral, en tanto que su intervención en el proceso arbitral se regula en la Sección I del Capítulo II y la misma se encamina más bien hacia labores puramente administrativas¹⁰.

Volviendo al argumento anterior, no se establece por parte del RDAC, ninguna posibilidad de controlar que el laudo dictado ha sido ejecutado en los términos de su propia literalidad. Un título ejecutivo incumplido por una parte, o incumplido a medias, siempre según una de las versiones, precisa de una actuación judicial de verificación de ese incumplimiento y disposición de las medidas necesarias para su ejecución. No tiene mucho sentido que esa verificación o incluso el impulso para su ejecución por vía judicial no pueda ser efectuado por la propia Junta arbitral, que así velaría por el total cumplimiento de sus resoluciones. Además para evitar situaciones de tensión o desventajas podría disponerse que el cumplimiento del laudo se comunicase de modo fehaciente. Piénsese que un laudo que determina la devolución de un cierto importe de dinero en la tienda del comerciante podría ser que o no se devolviese o que se pusieran pegatas tales que impidieran al consumidor la ejecución¹¹. En ese caso si no se comunica al Juez esta situación, no sería posible su cumplimiento. Ahora bien si en vez de ello, se pudiera obligar a ambas partes a comunicar la real ejecución del laudo o bien que se pudiese ejecutar en las oficinas de la Junta Arbitral, la parte afectada podría pedir a la Junta Arbitral que procediese a la ejecución del laudo o incluso la Junta podría actuar de oficio.

Dejando lo anterior como propuestas de *lege ferenda*, iniciamos una segunda reflexión antes de acometer la verdadera finalidad de este trabajo. La organización del sistema arbitral, unido a su apellido indisoluble de sistema alternativo, es una mezcla de muchas partes o ramas del derecho, unidas por un eje común que sirve a la causa a modo de almacén de herramientas, que colman partes del procedimiento en base al actuar normal de la administración. Somos conscientes de que esta reflexión necesita de un desarrollo que lo traduzca de un modo fácil de asimilar. Entendemos que dentro del

¹⁰ Tan es así que podría darse el caso de interponer recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de inadmisión de la solicitud de arbitraje, recurso que sin embargo no cabe contra el laudo, hasta el límite de que la interposición de recurso contra el acuerdo de inadmisión de las solicitudes de arbitraje es un recurso que tiene carácter administrativo y se asemeja en su tramitación a un recurso de alzada. No es el momento ni el objeto del trabajo, pero es curioso que un sistema tan flexible y tan eficaz como lo es el arbitral de consumo, choque con una medida tan poco brillante. Una crítica del sistema si bien con antelación a la publicación del Real Decreto 231/2008, puede leerse en H. DIEZ GARCÍA, “Admisión e inadmisión a trámite de solicitudes de arbitraje de consumo”. Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 14/2007, Pamplona 2007.

¹¹ Pese a lo idílico del procedimiento, somos conscientes de que, en muchos casos, la tensión vivida durante el incidente que dio origen a la reclamación, puede generar cierto miedo en una de las partes, de modo que se eluda incluso el estricto cumplimiento. Ello puede suceder cuando se obliga a que la ejecución del laudo se verifique en la sede del empresario (tienda o establecimiento abierto al público)

sistema arbitral, coexisten normas administrativas, procesales y normas de pura administración, junto con elementos normales de actuación de la Administración. Ejemplo de las primeras es el recurso contra la inadmisión a trámite de las reclamaciones, que ya hemos comentado. De las segundas, la condición de justiciable de ambas partes durante la vista. De la tercera, la actividad de administración de los Secretarios de las Juntas Arbitrales y de la cuarta, la notificación de los laudos. Esa amalgama de contenidos y de procesos distintos es posible en base a la alternatividad del sistema. No es por tanto un sistema procesal civil, ni un procedimiento puramente administrativo, sino por el contrario una forma anormal que resolución de controversias cuyo eje común es la simplicidad del sistema y que para ello coloca a consumidores y usuarios en una situación curiosa, en la que pasan de administrados a justiciables sin solución de continuidad. Pero esa ubicación casi esquizofrénica lleva en el petate la carga inequívoca de todos los derechos del administrado y todos los derechos del justiciable.

Dentro del contexto del derecho administrativo es donde se puede reclamar si un expediente sufre retraso injustificado, donde se pueda presentar una reclamación patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración, donde se puede exigir la concesión de un plazo para subsanación de las deficiencias de la solicitud de arbitraje o reclamar contra la inadmisión en base al derecho administrativo y será dentro de la celebración de la vista arbitral donde se pueda exigir la aplicación de los principios procesales de contradicción, donde se pueda concretar el *petitum* y donde los principios de protección del usuario, como parte perjudicada, se tornan en principios de uso obligado para el árbitro. Porque una vez traspasada la línea de la mediación para adentrarse en la del arbitraje se produce la conversión del administrado en justiciable y por lo tanto abandona el mundo del derecho administrativo para adentrarse en el mundo del derecho procesal y todo ello sin solución de continuidad como dijimos antes. Pasa por tanto de la protección de la Junta Arbitral a la del Colegio Arbitral o del árbitro único, dando igual si el arbitraje es en equidad como si lo es en derecho, porque esa diferencia ya no lo es ni en cuanto a la fundamentación del laudo ni respecto de la situación de las dos partes del proceso arbitral.

III.- LOS PRINCIPIOS EN EL PROCESO ARBITRAL DE CONSUMO

Hemos dicho que dentro del proceso arbitral, dentro de la vista, la posición jurídica en la que el usuario se encuentra le ofrece toda una serie de principios tanto del propio proceso como de su condición de justiciable. Dentro de los primeros destacamos los de imparcialidad, independencia, audiencia o contradicción, igualdad y responsabilidad, llamándonos poderosamente la atención la inclusión por el legislador de la confidencialidad y la gratuidad dentro del art. 41 del RDAC, ya que ellos no son principios esenciales procesales, y en consecuencia, lo correcto habría sido tratarlos en precepto independiente como explicaremos posteriormente. Dentro de los segundos el de congruencia, proporcionalidad y eficacia. Estos últimos no están consagrados dentro del RDAC, pero no dejan de ser principios procesales perfectamente aplicables tanto al

Revista de Estudios Jurídicos nº 14/2014 (Segunda Época)

ISSN 2340-5066. Universidad de Jaén (España)

Versión electrónica: rej.ujaen.es

proceso como al laudo que se emita y derivan del carácter de título ejecutivo del laudo que se recoge en el artículo 517 de la LEC. Hagamos una breve explicación dichos principios procesales¹²:

No podemos obviar, antes de introducirnos de lleno en los principios específicos del arbitraje de consumo, hacer una mínima referencia al principio de independencia o separabilidad que rige a las cláusulas arbitrales en general (el llamado “*Kompetenz-Kompetenz*”: competencia por competencia).

Una de las características más notables de las normas legales en materia de arbitraje se representa por la atribución que se hace a los órganos decisorios para determinar sobre los cuestionamientos que puedan hacer las partes sobre su propia competencia. Esta facultad constituye un reflejo de las disposiciones tipo contenidas en la denominada “ley modelo” de la UNICITRAL, que inspiró gran parte del articulado de la LA/2003, cuyo art. 7 reza: “El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje”.

De esta manera podemos indicar que la competencia por competencia (*kompetenz-kompetenz*) constituye uno de los elementos más importantes en denotar el carácter autónomo del arbitraje como medio de resolución alternativo de conflictos. A pesar de haberse convertido esta expresión en una característica intrínseca del arbitraje a nivel mundial, parte de la doctrina que analiza la normativa alemana sostiene que “una decisión del *Bundesgerichtshof* que fue interpretada en este sentido hizo esta expresión famosa en el mundo entero. (...) No importa si esta interpretación fue acertada o no, el caso es que los autores están generalmente de acuerdo en que la “*Kompetenz-Kompetenz*” no existe según la nueva Ley. (...) Los árbitros solamente tienen el Derecho a decidir sobre una excepción a su competencia como cuestión previa y proseguir luego sus actuaciones. La última decisión sobre la existencia y la validez del convenio arbitral será tomada por el juez estatal”. También se ha dicho que “La Ley alemana, superando incluso el carácter restrictivo previsto en la Ley Modelo, no admite una formulación amplia del concepto de *Kompetenz-Kompetenz*¹³, que venía a admitir la competencia preliminar y definitiva del tribunal arbitral para establecer su competencia y, por el contrario, permite muy diversos medios de intervención judicial al respecto”.

En otro orden de cosas, y para centrar el tema de los principios, comencemos reiterando que para nosotros la naturaleza jurídica del arbitraje no puede ser otra que la jurisdiccional¹⁴ como venimos defendiendo desde el principio del presente trabajo. Y es

¹² Vid al respecto B. IBOLEÓN “El proceso arbitral: Una perspectiva procesal del arbitraje de consumo”, Madrid, Dykinson, 2013.

¹³ M. CHECA “La armonización del derecho de arbitraje comercial internacional: La nueva Ley alemana de arbitraje”, en Revista de la Corte Española de Arbitraje, Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 1998, pág. 356.

¹⁴ Seguimos así en este punto a FONT SERRA, cuando afirmaba que la regulación y los efectos del arbitraje sólo pueden ser explicados desde la postura jurisdiccional. E. FONT “La nueva configuración del arbitraje en el derecho español”, en Justicia, 1989, pág. 344.

que, podemos estudiar el carácter jurisdiccional o no del arbitraje atendiendo sobre todo a que en él se dan los caracteres de la función jurisdiccional¹⁵ y, en concreto, sus principales principios inspiradores, a saber:

A. **Imparcialidad:** se predica de los concretos órganos jurisdiccionales, como el principio que garantiza la objetividad de la persona llamada a enjuiciar con respecto al objeto y sujetos del proceso concreto que se plantea. La garantía de la imparcialidad en principio no puede ser otra que el sometimiento estricto a la Ley de los Jueces y Tribunales y, por otro lado, la existencia del mecanismo de la abstención -o, en su defecto de la recusación-, a fin de que se pueda poner de manifiesto las conexiones existentes entre juez, partes y objeto, con el fin de que se produzca la sustitución del juzgador si se estima que la imparcialidad, al darse el dato objetivo de conexión, no queda garantizada. Así, la imparcialidad queda dibujada como la ausencia de todo interés para la resolución del litigio. La garantía de dicha situación de ajeneidad se encuentra principalmente en la institución de la recusación y abstención de jueces y magistrados, a través de la cual, las partes o el propio órgano judicial pueden poner de manifiesto las circunstancias, objetivizadas por la Ley, que puedan poner en entredicho la mencionada imparcialidad.

En este sentido, en el arbitraje, como institución tendente a la resolución de un conflicto por un tercero, dicha imparcialidad también viene garantizada. Los árbitros (aun los nombrados, en el arbitraje “*ad hoc*” directamente por las partes) deben, según establece la Ley¹⁶, ser imparciales y, por ello, se establecen causas de recusación de los mismos. No queda duda pues de que esta nota característica de la jurisdicción se encuentra perfectamente reglada y garantizada en la LA/2003 -y por ende, en el arbitraje de consumo-, pues no sólo es una exigencia de validez del convenio, sino del propio laudo; además, en cuanto al mecanismo garantizador, la propia ley remite al establecido para jueces y magistrados en la LOPJ.

Por ello, en el proceso arbitral de consumo los árbitros, en el ejercicio de sus funciones, deben actuar con la debida independencia, imparcialidad y confidencialidad (de ahí que no pueden actuar como árbitros quienes hayan intervenido como mediadores en el mismo asunto o en otro cualquiera que tuviera estrecha relación con aquel). Con el fin de salvaguardar la independencia y la imparcialidad, se establece un régimen especial de abstención, recusación y sustitución de árbitros¹⁷ -arts. 21 y 22 RDAC-.

Independencia: En cuanto que los Jueces y Tribunales, incardinados en la organización funcional del Poder Judicial e integrados en ese poder del Estado, pueden ver interferido el ejercicio de su función por actuaciones, bien de otros poderes del Estado, bien por la propia jerarquía judicial; es por ello que, respecto a la función a ellos conferida, el ordenamiento vele por la necesaria independencia.

¹⁵ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, "Estudios de Derecho Procesal. Una nueva reflexión acerca del concepto de Derecho Procesal", Pamplona, 1974, pág. 37.

¹⁶ Cfr. art. 17 LA/2003 y art. 22,1 RDAC/2008.

¹⁷ Para analizar en profundidad este tema, vid. *supra* III.C.4.1.- Especial referencia a la abstención y/o recusación de los árbitros.

Independencia que se predica no solo con respecto a los demás poderes del Estado, prohibiéndose la injerencia de los mismos, sino también en cuanto a los propios jueces y tribunales entre sí, de modo que, aun cuando orgánicamente integrados en una estructura jerárquica, son independientes totalmente respecto a los demás.

En este segundo aspecto, la institución arbitral goza, si cabe, todavía más de esta necesaria independencia. Los árbitros, como personas físicas-privadas no pertenecen a ningún poder estatuido, no se incardinan orgánicamente -en cuanto a su función arbitral-, en ningún esquema, ni estructura. Su función nace de la Ley y de la voluntad de las partes, sin que en ningún momento ésta se encuentre mediatizada por ningún tipo de órgano público (a excepción de su posterior control por el poder judicial, pero sólo en lo relativo a que se hayan cumplido los requisitos legales y que no se vulnere el orden público). Esto es por lo que respecta al arbitraje institucional, en base al art. 14 LA/2003¹⁸, los árbitros siguen gozando de la misma independencia y las Corporaciones y Asociaciones citadas se encargan solo de la administración de los arbitrajes a ellos encomendados y del nombramiento de árbitros, sin que ello suponga intrusión alguna respecto a la función desarrollada por ellos.

Contradicción o Audiencia. Se recoge en el aforismo romano “*audiatur et altera pars y nemo inauditus damnari potest*”, y que se formula en los siguientes términos: “nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio”. Su constitucionalización en el art. 24 CE le convierte en un derecho fundamental, que se reconoce a todas las personas que son partes en un proceso o que, pudiendo serlo, no lo son.

En el arbitraje de consumo siempre habrá dos partes en posiciones contradictorias, el consumidor reclamante y el empresario reclamado, que disponen de plenas facultades de actuación para la mejor defensa de su derecho. Por otra parte, la aplicación del principio de audiencia¹⁹ en el ámbito del proceso

¹⁸ La L 11/2011 ha eliminado por motivos obvios, la mención en el texto anterior al desaparecido Tribunal de Defensa de la Competencia -art. 14, a) LA/2003, en su nueva redacción- En el texto reformado por la citada Ley, se destaca especialmente (art. 14, 3 LA/2003) el papel y función de las instituciones arbitrales como encargadas de velar por la capacidad e independencia de los árbitros y la transparencia en su designación. Es preciso resaltar que en la redacción del texto sobre este punto se eludió con especial celo la inclusión del verbo “garantizar” y se sustituyó por el de “velar” como verbo y función.

A nuestro juicio la independencia y capacidad de los árbitros, así como, la transparencia en su elección, son los principios y condiciones esenciales sobre los que se fundamenta la propia existencia y futuro del arbitraje.

Las instituciones arbitrales tienen margen suficiente para proponer respuestas y procedimientos eficaces que posibiliten que su actual función “*ope legis*” de “velar” por la capacidad e independencia de los árbitros y la transparencia en su designación, pase a ser la de garantizarlas plenamente -transformándose de meros veladores en garantes-. Con ello se dará un paso definitivo hacia el futuro de nuestro arbitraje (y como no, también en el de consumo).

¹⁹ Este principio de audiencia, según la Jurisprudencia del TC, no está reconocido constitucionalmente pero se incluye dentro del derecho a la no indefensión, y supone el derecho del demandado a que se le notifique de modo efectivo la pendencia del proceso y sus sucesivas incidencias. Es decir, ser citado y tener derecho a comparecer y ser oído en el proceso.

Por su parte, DE LA OLIVA SANTOS, entiende que “para satisfacer las exigencias elementales de justicia ínsitas en el principio de audiencia no se requiere que el posible condenado tenga oportunidad de realizar cualquier tipo de alegaciones. (...) El principio de audiencia queda satisfecho, en el plano

Revista de Estudios Jurídicos nº 14/2014 (Segunda Época)

ISSN 2340-5066. Universidad de Jaén (España)

Versión electrónica: rej.ujaen.es

arbitral de consumo tiene connotaciones muy parecidas a la que nos encontramos en el proceso civil. El art. 41,1 RDAC regula que “el procedimiento arbitral de consumo se ajustará a los principios de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes”. Así, también impone el derecho a ser oído si se tiene voluntad de intervenir en el procedimiento arbitral, sin que el silencio, la inactividad o la incomparecencia de las partes, signifique allanamiento o admisión de los hechos alegados por la parte contraria²⁰ -art. 46 RDAC-.

- B. **Igualdad.** Existe una clara relación entre este principio y el de audiencia, y es algo que se ha podido advertir en la explicación anterior; ya que, evidentemente, si el principio de audiencia se infringe respecto del sujeto pasivo del proceso, la igualdad no solo no es respetada, sino por completo infringida. Es decir, todo quebrantamiento del principio de audiencia constituye una violación -máxima- del principio de igualdad (lo que no ocurre, necesariamente, en sentido inverso).

Las partes del procedimiento arbitral de consumo, como manifestación del principio de igualdad que inspira el mismo, disponen de iguales medios para defender en el procedimiento sus respectivas posiciones -ataque y defensa-. Sin embargo, como bien sabemos, ello no implica que las partes sean iguales; de hecho no son iguales porque existe una desigualdad intrínseca entre ellas, que viene potenciada por el carácter tuitivo que inspira el arbitraje de consumo. Por ello, encontramos que el procedimiento solo se inicia de manera unidireccional -por el consumidor afectado-, nunca a instancia del empresario (ni, por supuesto, de oficio). A pesar de ello, en el arbitraje de consumo se aplica con todo su rigor el principio igualdad, de modo y manera que para cada acto de alegación de hechos y exposición de argumentos de una parte, se prevé un acto paralelo de la parte contraria. Incluso para el caso que se dé reconvencción por parte del empresario²¹.

- C. **Garantías.** Está claro que, al estar tratando de un arbitraje de equidad, ni que decir tiene que no vamos a hablar del sometimiento a la Constitución y a la ley, dado que los árbitros de equidad actuarán, como sabemos, según su buen saber y entender como ya tuvimos ocasión de analizar (ni tendrán régimen de incompatibilidades, prohibiciones e inmunidad, en el sentido que lo tienen jueces y magistrados).

legal, si la limitación prevista para el sujeto pasivo es razonable y justa y, en el plano procesal concreto, siempre que el posible “condenado” haya tenido la oportunidad de realizar las alegaciones previstas legalmente -Cfr. STC 27/1984, de 24 de febrero-. La tradicional formulación del principio de audiencia, anteriormente transcrita, podría sugerir a primera vista, que dicho principio se refiere exclusivamente al sujeto pasivo en el proceso, es decir, aquel sujeto respecto del cual se pide una decisión judicial; el que puede resultar “condenado” (en el proceso civil, penal, laboral o contencioso-administrativo). Si bien cabe hacer aquí una cierta rectificación de la literalidad, (...) ya que no cabe descartar por completo casos de infracción del principio de audiencia respecto de la parte activa (aunque resulte de ordinario ‘oída’). A. DE LA OLIVA, “Los principios del proceso”, en Introducción al Derecho Procesal, (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ Y VEGAS TORRES), Madrid, 2001, págs. 49 a 54. En este sentido, vid. también A. VALENCIA “Introducción al derecho procesal”, 2008, pág. 269.

²⁰ Vid. *infra* IV.C.3.- Iniciación del procedimiento, nombramiento de árbitros y contestación del reclamado.

²¹ Vid. *Infra*, para todo este tema, IV.C.3.1.- Especial referencia a la reconvencción.

Revista de Estudios Jurídicos nº 14/2014 (Segunda Época)

ISSN 2340-5066. Universidad de Jaén (España)

Versión electrónica: rej.ujaen.es

Sin embargo, en lo que al tema de la responsabilidad²² se refiere, tenemos que concretar que la concepción jurídica de la responsabilidad del árbitro consiste en asociar su actividad con las consecuencias de una conducta que se pueda considerar contraria a lo que se viene denominando “fidelidad en orden a laudare”. Por otra parte, el reconocimiento de la obligación de confidencialidad comporta la exigencia del debido respeto de la misma, so pena de poder incurrir en responsabilidad -como hemos comentado anteriormente-. Técnicamente, el árbitro podría incurrir en los tres tipos de responsabilidades, pero parece que la LA/2003 solo alude a la responsabilidad civil del árbitro²³. Por ende, no encontramos ningún inconveniente en aplicar supletoriamente el régimen de responsabilidades recogido en la citada ley a los árbitros de consumo:

- Responsabilidad civil. Los árbitros serán responsables civilmente cuando en el ejercicio de la función arbitral no cumplan fielmente su cargo -incluido el deber de confidencialidad, entendemos- y provoquen daños y/o perjuicios con mala fe, temeridad o dolo (se excluye la responsabilidad por mera negligencia o culpa). Es la única de las responsabilidades del árbitro que aparece regulada en la LA/2003, aunque no en su totalidad, sino únicamente en lo que respecta a la responsabilidad civil derivada del no cumplimiento de sus funciones, dejando de lado otras responsabilidades, como puede ser la responsabilidad civil que deriva del delito²⁴.

Dicha exigencia de mala fe, temeridad o dolo a que se refiere el art. 21 LA/2003²⁵ no viene referida a las partes del arbitraje, sino tan solo a la responsabilidad exigible a los árbitros y a las instituciones arbitrales²⁶.

²² Respecto a la responsabilidad del árbitro, puede verse J. F. MERINO. “El estatuto y la responsabilidad del árbitro, Ley 60/2003 de arbitraje”, Navarra, 2004.

²³ Ya en la anterior regulación, la LA/1988 recogía en su art. 16,1 que “La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la Corporación o asociación, a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa. En los arbitrajes encomendados a una Corporación o asociación el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquella contra los árbitros”.

La novedad que presentaba la ley vigente de arbitraje -art. 21 LA/2003- respecto de su predecesora consiste en la sustitución de la exigencia de que los daños y perjuicios sean causados por “dolo y culpa”, y que éstos sean causados por “mala fe, temeridad o dolo”. Se pasa de una responsabilidad por culpa a un sistema que conllevará, en la mayoría de ocasiones, la inmunidad de los árbitros e incluso la de la institución arbitral.

Ejemplos de tal responsabilidad los podemos encontrar en supuestos tales como la no emisión del laudo en el plazo convenido por las partes, el incumplimiento de las normas propias del procedimiento, la admisibilidad de pruebas innecesarias, etc.

²⁴ STS 429/2009, de 22 de junio, (Sala I de lo Civil), “(...) Es decir, la responsabilidad del árbitro de equidad debe ser exigida no por el contenido culposo de su decisión sino por su actuación personal negligente delante del encargo contagiado [quiere decir encomendado]. Este es el espíritu de la responsabilidad contemplada en la Ley de 1988, la cual ha sido reducida aún más en la vigente Ley de 2003 porque ya se excluye la responsabilidad por culpa y solo se contempla por dolo [quiere decir dolo], mala fe o temeridad (art. 21.1)”. En igual sentido, STS 332/1999, de 26 de abril, Sala I de lo Civil.

²⁵ Al hilo de este art. 21 LA/2003, nos llama poderosamente la atención la introducción *ex novo* por la L 11/2011, del párrafo 2º en el apartado 1, cuando establece expresamente la exigencia de contratación de un *seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente*, en la cuantía que se determine, para los árbitros e instituciones arbitrales, exceptuándose de la contratación a las Entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas (art. 21,1 *in fine* LA/2003). Si bien la cobertura del seguro siempre es aconsejable, su establecimiento obligatorio en la ley

Revista de Estudios Jurídicos nº 14/2014 (Segunda Época)

ISSN 2340-5066. Universidad de Jaén (España)

Versión electrónica: rej.ujaen.es

- Responsabilidad penal. Entendemos que los árbitros pueden incurrir en responsabilidad penal por las acciones u omisiones llevadas a cabo en el ejercicio de su cargo y que se encuentren tipificadas en el código penal. A título de ejemplo, el art. 422 CP hace extensiva la regulación del cohecho a los árbitros -y los art. 440 y 439 CP respecto de las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos, así como los abusos en el ejercicio de su función- Se trata de dos artículos en los que aparece expresamente la responsabilidad penal de los árbitros, lo que no significa que no puedan incurrir en cualquier otro tipo de responsabilidad penal²⁷.
 - Responsabilidad disciplinaria. En realidad, los árbitros están exentos de esta responsabilidad en sentido estricto; el carácter no funcional del árbitro tiene en este aspecto una de sus manifestaciones más claras. Cabe, sin embargo, pensar en una “*responsabilidad paradisciplinaria*” en relación con el arbitraje institucional, en cuanto que las personas designadas como árbitros pueden estar sometidas, en virtud de su vinculación contractual con la entidad, a determinados comportamientos, cuya exigibilidad dependerá del ámbito legítimo que marque en su desarrollo el principio de autonomía de la voluntad²⁸.
- D. **Confidencialidad**²⁹. Es absoluta novedad de la regulación de 2008 esta referencia expresa al deber de confidencialidad³⁰ como exigencia para todos los intervinientes

suscitará sin duda la inconveniente tentación, de la reclamación judicial contra los árbitros, tan difícil de coronar con éxito en la generalidad de los casos.

²⁶ Sin embargo, seguimos a BARONA VILAR, al entender que, “cuando las partes que intervienen en un arbitraje son personas que participan en el mercado y que pueden llegar a tener intereses en el mismo sector, la difusión de unas técnicas de fabricación de un producto o de conocimientos tecnológicos adquiridos todos ellos como consecuencia de un proceso arbitral, podría llevar a plantear fundar una demanda por realización de un acto de competencia desleal, amparado en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal que en su art. 13,1 reza: ‘Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva (...)’. S. BARONA “Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre). Artículo 24”, (Coord. Barona Vilar, S.) 2004, pág. 914 y 915.

²⁷ Sin embargo, manifiesta ALMAGRO NOSETE, determinados delitos (como el delito judicial por antonomasia: el de prevaricación), no pueden predicarse de los árbitros, ni siquiera en la modalidad que pueden cometer los funcionarios de la administración, ya que en este sentido no están equiparados a los jueces. Lo que no quiere decir que estas conductas no puedan ser origen de responsabilidad civil. J. ALMAGRO “La responsabilidad de los árbitros”, transcripción de la conferencia celebrada el 11 de noviembre de 1996 en la Jornada sobre Régimen jurídico de los árbitros, Barcelona, 1996, págs. 21 y ss. y más recientemente, “La responsabilidad judicial civil”, en La responsabilidad civil y su problemática actual, (Coord. Moreno Martínez), Madrid, 2007.

²⁸ Todo ello sin olvidar las posibles medidas que, en relación con los árbitros, pueden llegar a adoptar las instituciones arbitrales -JAC, en el caso que nos ocupa-, como la expulsión de sus listas de árbitros, sin que para ello se exijan grandes condiciones y pruebas de las mismas, al tratarse de una relación contractual que puede extinguirse como consecuencia de una conducta de tal entidad.

²⁹ Interesante punto de vista para este tema de la confidencialidad es la visión aportada por M. ARTACHO “Algunas consideraciones sobre los actos de comunicación en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo”, en Presente y futuro de la e-justicia en España y la Unión Europea, Aranzadi, junio, 2010, págs. 632 y ss.

³⁰ Referencia que, por otra parte, nos resulta del todo desubicada -o cuando menos inexplicable-, habida cuenta de la inexistente correlación entre el título y el articulado de la Ley (Art. 24 LA/2003 y art. 41,2

Revista de Estudios Jurídicos nº 14/2014 (Segunda Época)

ISSN 2340-5066. Universidad de Jaén (España)

Versión electrónica: rej.ujaen.es

en el procedimiento arbitral de consumo, tanto árbitros -art. 22.1 RDAC en sede de abstención y recusación- como mediadores, partes y todo aquel que preste un servicio a las Juntas Arbitrales -art. 41,2-. Y ello en consonancia con el art. 24 LA/2003 que ya se hizo eco de esta necesidad; debemos entender que el deber de confidencialidad se refiere a hechos y, en concreto, a informaciones que los árbitros pueden conocer a través de las actuaciones arbitrales -sin que queden cubiertas las características generales de tipo de asunto jurídico o los posibles problemas jurídicos en él debatidos-. En palabras de DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN³¹, en buena parte, “este deber legal de confidencialidad coincidirá con los profesionales jurídicos con el deber de secreto profesional”.

- E. **Gratuidad.** Se recoge expresamente entre los “principios del procedimiento arbitral de consumo” -art. 41,1 *in fine* del RDAC-. Aunque lo cierto es que ni la gratuidad ni la confidencialidad (-art. 41,2 RDAC- siguiendo la regulación del art. 24,2 LA/2003), son principios esenciales procesales y, en consecuencia, lo correcto habría sido tratarlos en un precepto independiente como dijimos anteriormente.

Por otro lado, aún consagrándose este principio, debe tenerse en cuenta que el desarrollo del arbitraje de consumo conlleva unos costes económicos que han de sufragar las partes y, por ello, debemos considerar que deben establecerse determinados mecanismos para conseguir que el mismo sea menos costoso. En efecto, en materia probatoria, aunque las pruebas propuestas de oficio serán costeadas por la Administración de la que dependa la JAC³² -art. 45,3 RDAC-, las propuestas por las partes las deben costear ellas mismas -al igual que sucedía en la regulación anterior, art. 13,2 y 3 RDAC/1993-, con lo que se disipa esa gratuidad

RDAC/2008). Hubiera sido más razonable un tratamiento autónomo, sin vinculación con los componentes esenciales del proceso arbitral, por cuanto la confidencialidad no es, indiscutiblemente, un principio. En igual sentido, S. BARONA “Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre). Artículo 24”, (Coord. Barona Vilar, S.), op. cit., 2004, pág. 905. Nota 26

³¹ L DÍEZ-PICAZO “Principios de igualdad contradicción y audiencia. Art. 24”, en Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, (Coord. González Soria), Navarra, 2004, págs.283 a 286. También opina el citado autor, que estamos ante una norma cuya oportunidad no puede discutirse y cuyo buen sentido tampoco puede ponerse en tela de juicio. Sin embargo, llama la atención del autor -y la nuestra-, que el legislador se limite a establecer el deber, sin apuntar norma alguna por la que se sancione su incumplimiento. Si bien, podrían ser aplicables las reglas penales relativas a los secretos, las normas disciplinarias respecto a los profesionales jurídicos y genéricamente, el deber de resarcimiento por daños y perjuicios que la infracción ocasiona.

³² Así opinamos por nuestra experiencia profesional al respecto -junto con MARÍN LÓPEZ-, que en este ámbito se ha observado que en muchas ocasiones las partes comunican al Colegio la posibilidad de practicar cierta prueba, y es el propio Colegio quien la acuerda de oficio, con las consecuencias económicas que de ello se derivan. Tampoco es inusual que el coste de las pruebas periciales resulte desproporcionado en relación con el interés de la reclamación, o que los árbitros “abusen” de la petición de dictámenes periciales, basando la decisión adoptada en el laudo exclusivamente en el resultado del informe pericial, sin realizar ningún otro tipo de reflexión. En este marco, parece razonable exigir al Colegio arbitral que actúe con mayor contención, exigiendo de oficio la práctica de pruebas únicamente en aquellos casos en que resulte absolutamente necesario. De ahí que el RDAC/2008 parezca asumir esta tesis, al establecer que el órgano arbitral podrá proponer de oficio las pruebas complementarias “que se consideren imprescindibles para la solución de la controversia” -art. 45.1.I-. J. MARÍN “Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo” 2008, págs. 3 y 4.

que pretende imbuir al proceso arbitral de consumo. El arbitraje de consumo es gratuito, y la gratuidad va a seguir siendo uno de los rasgos básicos de este arbitraje (a pesar de no imponerlo así la Ley³³ -ni la LGDCU 1/2007 ni la LA/2003 establecen que el arbitraje de consumo tenga que ser gratuito-). Es más, el hecho de que el RDAC/2008 contemple expresamente el principio de gratuidad soluciona el debate existente en la doctrina sobre si este principio debía mantenerse o no, habida cuenta de que, como decimos, la LA/2003 en su DA Única -a diferencia de su predecesora- omite toda alusión a este principio.

El RDAC/2008 persigue también otro loable fin: imponer en el arbitraje de consumo criterios de racionalidad económica que aseguren su supervivencia.

IV.- EL PRINCIPIO IN DUBIO PRO CONSUMIDOR

Dejando de lado por el momento todas estas reflexiones, nos detenemos ahora en el punto de la igualdad de las partes, no con la finalidad de volcar sobre ellas el principio de igualdad formal, sino para su análisis dentro de su aspecto material. De ese análisis material, y abstracción hecha de que la igualdad es en su esencia una utopía, es indudable que ambas partes parten de la misma posición. No obsta a ello que el proceso arbitral de consumo solo puede ser iniciado por el consumidor y siempre frente al empresario ya que no es posible iniciarlo de otro modo. Así se desprende del artículo 34,1 RDAC, que limita la acción arbitral a los consumidores o usuarios, y solo en la medida en que se ha presentado una reclamación. Solo en fase de vista, el reclamado podrá solicitar reconvención³⁴, lo cual era imposible con el sistema anterior³⁵. En segundo lugar, la Jurisprudencia tiende a la protección del usuario frente al consumidor. Esa posición se puede encontrar en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 18 de enero de 1995³⁶ que afirma que “*la oscuridad de las cláusulas definitivas del contrato y el propio contrato preliminar o reserva deben interpretarse en favor de los consumidores, en este caso, de los demandantes, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2.1.d) y f), 10.1.a) y c) (apartados 5.º y 8.º), 10.2 y 13.1.d) de la Ley 26/1984,*

³³ Vid. en este sentido, MARÍN LÓPEZ, M. J., “Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo”, op. cit., 2008, pág. 3. Nota 32

³⁴ Art. 43 y párrafo noveno de la exposición de motivos.

³⁵ OROZCO PARDO, GUILLERMO y PEREZ-SERRABONA GONZALEZ, JOSE LUIS, consideran que, pese a la inexistencia de mención alguna en la anterior regulación del sistema arbitral de consumo, si era posible aceptar la reconvención. “El RDAC nada prevé al efecto, pero el Art. 4 de la Ley 60/2003 de Arbitraje, de aplicación supletoria, si lo admite y el Art. 27 del Borrador la recoge expresamente. Por tanto, si ambas reclamaciones obedecen a una misma causa y se den en el seno de una misma relación jurídica, deberá admitirse la reconvención, si bien será comunicada al consumidor-reclamante antes del trámite de audiencia para que éste puede alegar frente a ella (Vid. SAP Navarra de 24/12/1996). Lo contrario conculcaría el principio de igualdad que consagra el Art. del RDAC e inspira la normativa de Arbitraje como equivalente jurisdiccional. G. OROZCO y J.L. PEREZ-SERRABONA “*Estudio crítico y propuestas de reforma del arbitraje de consumo*”. Aranzadi Civil-Mercantil, número 5/2007, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2007

³⁶ AC 1994/26

de 19 julio (RCL 1984\1906 y ApNDL 2943) General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios” o la de la Audiencia Provincial de Lugo de 22 de Febrero de 1995³⁷ que, en la misma línea determina que “*aunque, por la estructura económico-social no son iguales las posibilidades de todos los ciudadanos, el derecho que es un instrumento para el normal desarrollo de la convivencia, no puede permanecer indiferente cuando, como efecto de tal situación, el desequilibrio entre los contratantes, es tan manifiesto que, en caso de conflicto entre ellos produciría una solución injusta, un desequilibrio que ocurre con alguna frecuencia, cuando uno de los contratantes es consumidor, posición de que están los demandados, según el apartado segundo del artículo primero de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*”.

Esa protección al consumidor como parte más débil de la relación jurídica también se formula desde la Unión Europea, en la medida en que la Directiva 85/577/CEE del Consejo de 20 de Diciembre de 1985 de protección de los consumidores en el caso de contrataciones negociados fuera de los establecimientos comerciales, en su considerando cuarto, defiende claramente la protección del consumidor más en este caso en que “*los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales del comerciante se caracterizan por el hecho de que la iniciativa de las negociaciones procede, normalmente, del comerciante y que el consumidor no está, de ningún modo, preparado para dichas negociaciones y se encuentra desprevenido; que, frecuentemente, no está en condiciones de comparar la calidad y el precio de la oferta con otras ofertas*”³⁸. Desde el punto de vista de la legislación española, siguiendo al curso de la normativa europea, el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, articula una batería de mecanismos de defensa de la posición jurídica del consumidor en orden a su protección integral no solo desde el contenido de la oferta (artículo 60 y 61) o del contrato propiamente dicho (artículos 62 a 65) o del derecho de desistimiento (artículos 68 a 79) sino respecto del contenido de las cláusulas abusivas reguladas en el artículo 80 del Texto Refundido.³⁹

³⁷ AC 1995/317. En el mismo sentido, también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 18 de enero de 1995 (AC 1995/831)

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de Abril de 2010 (TJCE 2010/101). También el Considerando tercero de la directiva afirma que: “*el programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección y de información de los consumidores prevé, en particular en sus apartados 24 y 25, que conviene proteger a los consumidores mediante medidas adecuadas, contra las prácticas comerciales abusivas en el ámbito de la venta a domicilio*”

³⁹ La reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de Marzo de 2013, relativa a los desahucios, se basa precisamente en la existencia contractual de cláusulas abusivas. Concretamente, los considerandos 68 y 69, acogiendo la tesis de la Abogada General, Sra. Kokot, determinan que “*para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas. En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogada General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional*

La defensa de la posición del consumidor se convierte así en la piedra angular sobre el que pivota todo el sistema arbitral de consumo y de igual modo que en el sistema judicial se articulan en torno a las partes una serie de principios generales del derecho y no exclusivamente procesales es posible la adaptación al sistema arbitral de consumo de “reglas del proceso” con el fin de garantizar un status similar evitando de ese modo que la posición jurídica de los justiciables sea diferente aisladamente considerada en función de si el proceso que se sigue es de un tipo o de otro.⁴⁰ Pero ello no obsta a que sea posible otorgar la protección en caso de que a lo largo del proceso y en la esfera de decisión del árbitro, pueda generarse una duda razonable que desequilibre la balanza a favor del consumidor, pudiendo en ese caso aplicar el principio in dubio pro consumidor. Es decir, tanto en el arbitraje en equidad como en el arbitraje en derecho, ambas partes deben ofrecer sus argumentos al Colegio Arbitral⁴¹ de modo que cada uno en su razón convenzan al árbitro. Y en base a ella y a esa argumentación, el árbitro debe construir el laudo que dé cumplida respuesta a las pretensiones del consumidor otorgándole la razón en caso de que así lo acredite, o denegándola en caso de que no sea así o en el caso de que lo argumentado no tenga consistencia o sustento. Sin embargo puede existir un punto en el que ni el argumento del consumidor tenga la consistencia suficiente ni la defensa del comerciante sea suficientemente acreditativa como para enervar la argumentación del consumidor creando una duda razonable en el árbitro, suficiente como para que la balanza no pueda inclinarse con rigor sobre una de las partes. En ese caso la actuación del colegio arbitral debe optar por tomar una decisión que responda con equidad o con derecho al ideal de justicia al que sirve, impidiendo de ese modo que no se cumpla con lo dispuesto en el artículo 48 respecto de la obligación de emisión de laudo.

No está de más recordar que en la relación jurídica que estudiamos no está presente la idea de autonomía de las partes recogida en el artículo 1255 del Código Civil, y ello simplemente porque una de las partes, el consumidor, esté en una posición más débil frente al comerciante, y ello, como bien nos explica Iñigo Mateo y Villa porque “no es posible que cada consumidor conozca técnicamente el objeto que va a contratar ni que tenga perfecta constancia de las decenas de cláusulas predeterminadas por la otra parte contratante que puede contener un contrato⁴². Visto de esta forma, es

podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual”

⁴⁰ Realmente, si el sometimiento al arbitraje es voluntario, también se debe asumir que la posición jurídica sea diferente, y ello porque pese al parecido con el sistema judicial, no se está realmente en un proceso judicial. Así no cabe la condena en costas, no cabe la declaración en rebeldía, el laudo tiene efectos de cosa juzgada pero no es una sentencia, sobre todo si el laudo es en equidad.

⁴¹ Ni que decir tiene que este principio es obviamente aplicable al caso de Colegio Arbitral como al árbitro único

⁴² I. MATEO Y VILLA- “De la cláusula arbitral en materia de Consumo”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Núm 723, Enero 2011. Y añade que “La desigualdad de partida de la que hablábamos exige un exquisito cuidado de la *parte fuerte*. Exquisito cuidado respecto de la *parte débil* que se concreta legalmente entre otros de la *cantidad* de información que el prestador de servicios deberá facilitar al consumidos, en la *calidad* de la información facilitada, en la *forma en la que se han introducido* y hecho saber las cláusulas no negociadas individualmente con la *parte débil*, en la forma en que este mismo

Revista de Estudios Jurídicos nº 14/2014 (Segunda Época)

ISSN 2340-5066. Universidad de Jaén (España)

Versión electrónica: rej.ujaen.es

más necesaria si cae una acción tuitiva por parte de quien determina con la acción legislativa la forma y contenido en virtud de las cuales esta contratación va a tener lugar. Dicha acción tuitiva no solo tiene que venir de la mano de una legislación que ampare las posibles situaciones desiguales en las que pueden estar presentes los consumidores, sino que debe venir acompañada de una acción igualmente activa en la posición de defensa de los consumidores como parte débil, puesto que solo de esta manera es posible cerrar el círculo del amparo del Estado a favor del consumidor, amparo que deviene de la legislación (acción propia del Estado) y de la interpretación del juzgador (juez o árbitro), a favor de éste en caso de duda sobre la acción del comerciante.

La relación anterior, el círculo que hemos descrito antes, no significa ni mucho menos que la legislación o la “jurisprudencia”⁴³ ejerzan su labor tuitiva exclusivamente frente al consumidor, sino que deben ejercitarla preferentemente y ello porque debemos partir de la base del respeto del prestador de servicios a la ley y a la clientela ya que una actuación del comerciante en contra del consumidor podría suponer la pérdida de su modo de vida.

Esta opinión se regula en el Derecho Argentino, donde el artículo 37, c) segundo párrafo de la Ley 24240 de defensa del consumidor, sí determina la obligación de interpretación favorable al consumidor: “*La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor y que Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa*”, (lo que es un mandato claro y directo a los Tribunales en orden a la aplicación del principio in dubio pro consumidor⁴⁴).

No encontramos en el derecho español una orden tan clara y tajante a favor de la vigencia y aplicación del principio, como tampoco una aplicación directa en la jurisprudencia⁴⁵, siendo más bien aplicaciones indirectas por vía de legislación sectorial

consentimiento se ha obtenido y, por último, en la forma de la redacción y contenido de las cláusulas del contrato” Pág. 81 (La cursiva pertenece al autor)

⁴³ La entrecorillamos puesto que nos referimos a la jurisprudencia stricto sensu y a las resoluciones arbitrales en la medida en que éstas vinculan en sus decisiones a los árbitros, de modo que podría ser exigida una mayor motivación cuando se separen del criterio seguido en ocasiones anteriores. No es el objeto de este estudio pero no estaría de más reflexionar sobre el principio de vinculación de sus resoluciones con relación al árbitro y la necesidad de motivación extra para apartarse de los mismos. Vaya por delante nuestra postura a favor de la misma.

⁴⁴ Se ratifica, en el Art. 37, el principio “*In dubio pro consumidor*”, establecido en la última parte del Art. 3º de la Ley 24240, que brinda “*pautas específicas de interpretación de su texto, a la par de las que contienen los principios generales, que informan a todo el orden jurídico como un todo unitario y coherente. (...) Por último, sentando como principio general el in dubio pro consumidor*” que adquiere su mayor vigor en el Art. 37, que sanciona con la ineficacia las cláusulas o los términos abusivos en los contratos que contienen las relaciones jurídicas amparadas por la ley (art. 1), muy particularmente en los catalogados como contratos tipo o de adhesión”. (Vázquez Ferreyra - Romera, 1994). La cita la tomamos de M. L. ESTIGARRIBIA. “Las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores en la legislación argentina. Facultad de Ciencias Económicas – UNNE <http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt/2001/1-Sociales/S-022.pdf> También puede consultarse el manual de defensa del consumidor editado por la Subsecretaría de Defensa del Consumidor y Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur,

⁴⁵ Solo hemos encontrado cuatro Sentencias que incluyen el principio en su texto, pero ninguna de ellas ha utilizado el mismo como fundamento de la decisión. Nos referimos a las Sentencias de la Audiencia

Revista de Estudios Jurídicos nº 14/2014 (Segunda Época)

ISSN 2340-5066. Universidad de Jaén (España)

Versión electrónica: rej.ujaen.es

como por ejemplo el artículo 47 de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, que respecto de la carga de la prueba determina que *en los procedimientos de denuncia de discriminación en el ejercicio del derecho a la vivienda en que la parte denunciante o demandante alega hechos y aporta indicios que permiten presumir la existencia de discriminación, el órgano competente, después de apreciarlos, teniendo en cuenta la disponibilidad y la facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes y el principio de igualdad de las partes, debe exigir a la parte denunciada o demandada que aporte una justificación objetiva y razonable que pruebe suficientemente que en su actuación o como consecuencia de su inactividad no se ha infringido el derecho a la igualdad.*⁴⁶

Este principio, al igual que el resto de principios tuitivos del Estado, está impregnado de cierto paternalismo ejercido por el Estado a favor de la parte más débil de esta relación jurídica.⁴⁷ Ese paternalismo, esa función tutelante que el Estado proyecta sobre el consumidor por entender que su debilidad requiere una acción protectora, no es una patente de corso que se otorgue al árbitro para que lo aplique sin rigor ni para que ejerza desde el inicio una acción de protección al consumidor que puede suponer desde el primer momento una proyección de culpabilidad sobre el empresario. Es cierto que opera con distinta intensidad según nos enfrentemos a un arbitraje en equidad o ante un arbitraje en derecho y ello por la sencilla razón de que en el arbitraje en derecho, el principio opera como elemento de interpretación de la norma en caso de aplicación de norma con varias posibilidades y no puede argumentarse como principio que supla a la prueba. En caso de ausencia absoluta de prueba lo razonable es conceder a la razón al comerciante, en la medida en que el consumidor no acredita la realización de acto alguno contrario a la norma.⁴⁸ En el caso de la equidad, definida ésta como justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva, se les permite a los árbitros un menor rigor en la decisión de la cuestión, por lo que en el ejercicio de esa justicia natural, podrán modular de otra manera la aplicación de este principio.

IV.- CONCLUSIONES

Provincial de Barcelona de 31 de Julio de 2002, la de la Audiencia de Valencia de 15 de Febrero de 2008, la de Pamplona de 4 de Julio de 2010 y la de Vizcaya de 15 de Septiembre del mismo año

⁴⁶ En los fundamentos de derecho de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de Julio de 2002, aparece la mención directa al principio in dubio pro consumidor, si bien como última ratio de la demanda, lo cual induce a pensar que el argumento no era sostenible con rigor por parte de quien lo alegó, ya que no se hace análisis específico del mismo ni se vincula a disposición concreta de la ley alegada, sino genérica a la Ley citada.

⁴⁷ Enciclopedia jurídica La Ley. Tomo 179764

⁴⁸ Ponemos un ejemplo real. En un procedimiento arbitral desarrollado en la Junta arbitral de Consumo de Granada, se dirimió una reclamación en la que la consumidora alegaba que la tintorería había ensuciado una prenda cuando la había manipulado para intentar su limpieza. No aportó ni la prenda, ni el resguardo de pago, ni aportó prueba alguna. La empresa alegó que había devuelto la prenda sin limpiar y así se lo había comunicado al marido de la consumidora. El Colegio arguyó el principio de buen comerciante para desestimar la reclamación ante la ausencia de probatura alguna.

Revista de Estudios Jurídicos nº 14/2014 (Segunda Época)

ISSN 2340-5066. Universidad de Jaén (España)

Versión electrónica: rej.ujaen.es

1.- La reforma del SAC, operada por vía del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, supone una mejora en la eficacia del sistema, una eficiencia por la introducción del árbitro único y por lo tanto sirve a los fines para los que fue creado. El sistema se dota así de un proceso óptimo que es la base de la confianza depositada en el mismo por parte de comerciantes y usuarios. Para los primeros por el plus de seriedad y profesionalidad que supone el sometimiento a la oferta pública de adquisición y para el usuario por la posibilidad de uso de un sistema ágil, riguroso, simple y gratuito.

2.- A nuestro juicio, el sistema tiene una seria quiebra en la ausencia de control sobre la ejecución del laudo, de modo que puede darse el caso de una inejecución del mismo con absoluto desconocimiento del colegio o de la Junta Arbitral. Además la necesidad de que la ejecución sea dispuesta por un juez, implica un proceso más complicado y más costoso. De lege ferenda se aporta esa idea con el fin de cerrar un círculo incompleto.

3.- La conversión de administrados en justiciables, vierte en el proceso arbitral todo el conjunto de principios procesales, al margen de los puramente administrativos que rodean, pero no integran, el sistema arbitral. Contradicción, imparcialidad, audiencia, responsabilidad, confidencialidad y gratuidad así como igualdad, están presentes en el proceso arbitral y forman parte de su esencia. Igualmente aplicable es el principio Kompetenz-Kompetenz, en virtud del cual, el árbitro, sea el laudo a dictar en equidad o lo sea en derecho, está obligado a analizar su propia competencia. Además, la función tuitiva de la normativa del sistema o de la norma de consumo en general a favor del consumidor no enerva la igualdad formal en el SAC.

Nota recibida: 16.10.2014

Nota aceptada: 20.11.2014