

De la cláusula arbitral en materia de consumo

por

ÍÑIGO MATEO Y VILLA
Registrador de la Propiedad

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

CONCEPTO DE CONTRATO; ESPECIAL REFERENCIA AL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL; CONTRATACIÓN EN MASA; CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

INFLUENCIA DE LA INTERVENCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA CONTRATACIÓN.

INCIDENCIA DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN EL OBJETO DE ESTUDIO.

EL ARBITRAJE EN EL ÁMBITO DE LA LEGISLACIÓN DE CONSUMO.

LA CLÁUSULA ARBITRAL:

REGULACIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL.

CONTENIDO MÍNIMO DE LA CLÁUSULA ARBITRAL:

Elementos personales.

Elementos reales.

Elementos formales.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio del presente trabajo es la cláusula arbitral que tenga el carácter de condición general de la contratación en negocios celebrados

con consumidores. Estudiaremos en lo fundamental cada una de las legislaciones concurrentes en este tipo de cláusulas: por una parte, la normativa general de arbitraje; por otra, la normativa en materia de consumidores y, más específicamente, en relación con los arbitrajes de consumo; por último, la legislación relativa a las condiciones generales de la contratación.

Asimismo, estudiaremos la cláusula de arbitraje y el contenido que ha de tener ésta para que pueda producir todos sus efectos, especialmente para el caso del denominado Sistema de Arbitraje de Consumo. Además, nos plantearemos cómo se resuelven las omisiones contenidas en una cláusula de arbitraje.

Concluiremos el trabajo analizando la efectividad y eficiencia del arbitraje de consumo desde una perspectiva social, jurídica y económica así como las necesarias reformas que deben proponerse para mejorar el sistema.

El marco en el que se encuentra la cláusula que vamos a estudiar es el siguiente: contrato celebrado por un prestador de servicios con un consumidor mediante una oferta redacta exclusivamente por el primero en el que la cláusula de arbitraje se encuentra incluida con otras y prevista para una pluralidad de contratos. Sin perjuicio de lo que diremos más adelante resulta precisa una aclaración básica para entender los fundamentos de los que partimos: cuando en la celebración de un contrato interviene un consumidor éste no se encuentra en una posición igual a la del prestador de servicios. La posición del consumidor es netamente inferior a la del prestador de servicios lo que le hace constituirse en la *parte débil* del contrato. Como muestra un botón: el prestador de servicios es un perito en el objeto del contrato mientras que el consumidor apenas si alcanza a entender los rudimentos que permiten hacer funcionar el objeto. Piénsese, por ejemplo, en una batidora: el prestador de servicios conoce cada una de las piezas ensambladas que dan lugar al electrodoméstico; por el contrario, el consumidor solo conoce cómo utilizar el aparato pero no los mecanismos internos que lo hacen funcionar.

Como consecuencia de lo anterior, la autonomía contractual recogida en el artículo 1255 del Código Civil debe quedar profundamente matizada. Este artículo parte de la siguiente premisa: los contratantes son iguales, tienen la misma libertad negocial y los datos suficientes sobre el objeto del negocio como para saber sobre qué contratan; si contratan sin conocimientos suficientes sobre el objeto es su exclusiva responsabilidad porque pueden y/o tienen la información cada una de ellas como para poder igualarse a la otra. Ídem del anterior para las cláusulas concretas respecto de las que deba desenvolverse el contrato como, por ejemplo, la de arbitraje. La hiperespecialización (1) y velocidad contractual matizan este artículo: no es posible que

(1) Por todos, ADAM SMITH, *La riqueza de las naciones*, Alianza Editorial, El libro de bolsillo, Economía, Madrid, 2008, pág. 33 y sigs.

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 contrato. Es irreal plantearse esto pero tampoco el derecho puede simplemente por ello amparar al consumidor irresponsable. La ley debe, en consecuencia, buscar el adecuado equilibrio.

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 en la *cantidad* de información que el prestador de servicios deberá facilitar al consumidor, 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 *calidad del consentimiento* de la *parte débil*, en la forma en que este mismo consentimiento se ha obtenido y, por último, en la forma de redacción y contenido de las cláusulas del contrato.

CONCEPTO DE CONTRATO; ESPECIAL REFERENCIA AL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL; CONTRATACIÓN EN MASA; CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

La regulación relativa al contrato en general resulta del artículo 1254 del Código Civil, que señala que «el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio» (2). No define este artículo *qué* es sino *desde cuándo* existe el contrato. La Real Academia de la Lengua Española (RAE) define el contrato como el «pacto o convenio, oral o escrito, entre partes, que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas» (3). Tal definición (relativo al contrato en sentido material) recoge los elementos esenciales de la institución: *consentimiento*, *objeto* y *obligatoriedad*. Los dos primeros conforman el contrato y nos ocuparemos específicamente de ellos; el tercero determina la consecuencia de los dos anteriores y excede del objeto de estudio de este trabajo. La segunda de las definiciones facilitadas por la RAE para contrato hace referencia al *título formal* al señalar que es el «documento que recoge las condiciones de este convenio» (4). Por *documento* debemos entender todo soporte en el

(2) Vid. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2008, pág. 1250.

(3) http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=contrato (fecha de la consulta: 9-11-2009).

(4) http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=contrato (fecha de la consulta: 9-11-2009).

que se recogieron las declaraciones de las partes, sea éste informático, papel o sonoro (5).

La acepción material del contrato es relevante porque aunque este existirá con independencia de la forma que adopte (6), el soporte es lo que permitirá la prueba de la existencia del contrato y los términos exactos del mismo. En el caso de la contratación con consumidores, esta vertiente material del contrato cobra especial importancia, puesto que sin tal prueba la distancia entre la parte contractual débil y la fuerte aumentaría aún más. Piénsese, por ejemplo, en el siguiente supuesto: un cliente preferente de un banco por Internet que realiza sus comunicaciones fundamentalmente por teléfono obtiene una oferta por teléfono del banco. ¿Quién es el interesado en que tal oferta conste en un título formal? Evidentemente el beneficiario de la oferta: el consumidor. ¿*Quid* si a partir de una información obtenida oralmente por el consumidor de su banco, aquél toma una decisión económica o jurídica y finalmente resulta falsa? El consumidor querrá demostrar la falsedad de la información, para lo cual ésta deberá constar en un soporte material y firmado por el propio banco.

En consecuencia, la exigencia formal es el (único) medio que el consumidor tiene para probar que la concurrencia de voluntades existió y de esta forma obligar o defenderse frente al prestador de servicios; es, en consecuencia, el medio que tiene el consumidor para aportar pruebas de la *existencia* y *extensión* del contrato. La trascendencia de la forma no queda limitada al contrato sino que se extiende necesariamente a la oferta: no solo es preciso que el consumidor pueda probar para su defensa cuál es el contenido del contrato mismo sino la forma, contenido, extensión y plazo de la oferta que

(5) Señala el artículo 299 en sus párrafos II y III de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, al estudiar los medios de prueba que: «2. También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso. 3. Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias»; asimismo, señala el artículo 24 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico en redacción dada tras la redacción dada por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información que modifica su apartado I que: «1. La prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica y la de las obligaciones que tienen su origen en él se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico. 2. En todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental. Cuando los contratos celebrados por vía electrónica estén firmados electrónicamente, se estará a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica».

(6) Vid. artículo 1278 del Código Civil.

le fue realizada por el prestador de servicios. Más aún cuando la oferta debe quedar reflejada en el contrato (7).

Por *contrato* debemos entender el acuerdo de voluntades; vulgarmente se hace, sin embargo, referencia al contenido por el continente. En materia de consumidores y usuarios, la Ley establece exigencias especiales relativas al título material además de las generales exigidas para todo acuerdo y desconocidas por el Código Civil sin perjuicio de especialísimas excepciones contenidas en el mismo Código Civil o en otras leyes (8).

Por *consentimiento* —central en el caso de los contratos pero no exclusivo (9) de ellos— debe entenderse la manifestación libre de voluntad también libremente formada; el consentimiento debe recaer sobre el objeto y la causa del contrato (art. 1262 CC), produciéndose desde entonces la perfección (10) del negocio (arts. 1258 CC y 54 CCo) salvo en el caso de aquellos contratos que se perfeccionen con la entrega de la cosa (vid. arts. 609, párrafo II *in fine* y 1095 CC). El *consentimiento* es junto con el *objeto* la piedra angular de la oferta y del contrato. Aquél se define por la RAE como la «manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente» (11). La voluntad es definida por la RAE como la «elección de algo sin precepto o impulso externo que a ello obligue», o como «facultad de decidir o de ordenar la propia conducta» (12). Quien manifiesta su consentimiento manifiesta su voluntad, siendo que ésta supone

(7) Señala el artículo 61 del TRLGDCU, relativo a la integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato que: «1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación. 2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad».

(8) Entre tales excepciones tenemos los artículos 633, 1327, 1628, 1667 y 1875 del Código Civil; 16 RH o 4.3 y 6 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias.

(9) También se requiere consentimiento para aceptar las donaciones (arts. 618, 623, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, párrafo II y 633 párrafos II y III) y para aceptar las herencias (art. 988 y sigs.) sin que por ello tengan tales negocios la consideración de contratos.

(10) Sin perjuicio de los contratos reales y formales en los que es la entrega de la cosa la que determina la perfección del negocio (vid. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, págs. 1250 y 1266).

(11) http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=consentimiento (fecha de la consulta: 2-4-09).

(12) http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=consentimiento (fecha de la consulta: 2-4-09).

una facultad de decisión. Tal facultad de decisión debe hacerse libremente: la decisión debe tomarse «sin precepto o impulso externo que a ello obligue» y, además, debe hacerse con conocimiento (13).

No obstante, quien no conoce puede perfectamente prestar su consentimiento a lo desconocido —y ello le obligará *a priori*—. Tal desconocimiento puede ser el resultado de una de las siguientes circunstancias: 1) la falta de voluntad (por parte de quien consiente) de conocer suficiente y adecuadamente el objeto al que dirige el consentimiento, en cuyo caso debemos hablar de negligencia o desidia; o 2) la ausencia de datos o datos maliciosamente sesgados o directamente erróneos sobre el objeto consentido por mala fe de una de las partes contratantes —generalmente de quien debe realizar la prestación más compleja por el objeto de la misma (14)—.

La Ley no puede amparar a quien voluntariamente desconoce el objeto sobre el que contrata: si desea contratar suicidamente que lo haga salvo que perjudique intereses legítimos de terceros (art. 6.2 CC para el caso de renuncia de derechos); por el contrario, la Ley debe proteger a quien se ve defraudado en sus legítimas expectativas por causa de una información falsa o inexacta. Como no es posible distinguir *a priori* a los consumidores negligentes de los que no lo son es exigible al prestador de servicios que facilite a todos ellos una información mínima relativa al objeto del contrato. Pero, además, teniendo en cuenta que el consumidor es un sujeto sin conocimientos específicos relativos al mismo objeto del contrato resulta preciso que la información que se le facilite le sea trasladada de una manera cuantitativa y cualitativamente determinada.

(13) Señala O'CALLAGHAN MUÑOZ (*op. cit.*, pág. 1282) que: «hay que recordar, una vez más, que el consentimiento contractual presupone la conciencia y voluntad de los sujetos...». Junto con esto, añadiríamos que hace falta, además, «información» como condición *sine qua non* para que quien preste el consentimiento lo haga de una forma completa y responsable. En el caso de intervención de los consumidores, la dación de la información interviene como elemento obligatorio y como responsabilidad que el prestador de servicios debe asumir. Véanse, en este sentido, los artículos 60, 94, 97 y 152 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

(14) Quien paga en una compraventa no debe transmitir al pagado información alguna más que la circunstancia del hecho de haber realizado el pago; por el contrario, quien debe entregar la casa a cambio del precio debe informar al adquirente del estado de la misma (vid. arts. 1469, párrafo II, 1474 y sigs. y 1484 y sigs. CC). Cuanto mayor sea la complejidad del objeto de la prestación a cambio del precio (para el caso de la compraventa) mayores serán las aclaraciones necesarias al respecto. Como vemos, la falta de información, el carácter de la información, su calidad y extensión son obligaciones que recaen *per se* sobre quien debe entregar el objeto y no sobre quien paga. Como puede colegirse fácilmente, el consumidor se limita generalmente a realizar el pago a cambio de un servicio de lo que resulta que la obligación informativa recae necesariamente en el prestador de servicios.

Informado el consumidor en la forma determinada legalmente, el prestador de servicios debe quedar excluido de toda responsabilidad por entenderse que el consumidor ha sido suficiente y adecuadamente informado sobre el objeto del contrato, de suerte que éste ha podido tomar responsablemente una decisión. Tal obligación de información —reconducible a la obligación de dar prevista en el art. 1088 CC— nace en el momento previo de la contratación, la oferta, que resulta ser, en nuestra opinión, el momento esencial del proceso contractual.

Como decíamos, quien no conoce el objeto del contrato puede perfectamente prestar su consentimiento al mismo —y ello le obligará *a priori*—. Pero pese a producir efectos jurídicos (la prestación del consentimiento sobre un objeto voluntariamente desconocido) es obvio que el consentimiento prestado se adecuará más perfectamente a la voluntad del aceptante cuanto más informado esté éste. Cuanto mejor conozca el consumidor el objeto que va a contratar, cuanto mejor conozca el funcionamiento, características, prestaciones o forma de funcionamiento interno del producto, verdaderamente nos encontraremos ante un consentimiento de mayor calidad y ante un contrato celebrado entre partes que si no iguales sí que podrían caracterizarse por ser semejantes. Ídem del anterior respecto de las cláusulas que forman parte del contrato consentido. Hablaremos entonces de un *consentimiento formado e informado* (15).

Los contratos celebrados entre iguales no precisan de una preocupación especial más allá de la general prevista en el Código Civil en materia de formación del consentimiento: es el supuesto del artículo 1255 (16) que de

(15) El consentimiento informado es un término ordinariamente más propio de la medicina y se refiere a la emisión de un consentimiento fruto de la adecuada ponderación de una situación médica concreta en virtud de los datos facilitados de forma comprensible y suficiente por el médico correspondiente. Como vemos, tal consentimiento informado requiere, por una parte, que el médico informe, haciéndolo de forma suficiente en cuanto a la cantidad de datos proporcionados y de forma comprensible, en cuanto a la forma de suministrar tales datos y, por otra, que el enfermo manifieste, en su caso, su consentimiento habiendo ponderado adecuadamente tal decisión de acuerdo con los datos facilitados y las circunstancias del caso. En materia de consentimiento informado médico, vid., entre otros, www.um.es/investigacion/impresos/consentimiento-memoria.doc; <http://www.san.gva.es/comun/ciud/guicastellano.html#0> (fecha de la consulta: 29-4-2009).

(16) Señala O'CALLAGHAN (*op. cit.*, pág. 1255) que «el contrato es máxima expresión del principio de la autonomía de la voluntad... en un doble sentido: en primer lugar, los sujetos pueden celebrar o no un contrato; en segundo lugar, si lo celebran pueden fijar sus elementos y su contenido de la manera que libremente determinen. Es lo que se conoce con la distinción, *libertad de contratar*... y la *libertad contractual*...». ¿Qué verdadera *libertad contractual*, es decir, qué verdadera libertad para fijar los elementos y contenidos de un contrato tiene un consumidor cuando un prestador de servicios predetermina todas o la mayoría de las cláusulas del contrato si, además, el mismo consumidor no es un profundo conocedor del objeto del contrato? Sería ilusorio hacer referencia a la *libertad contractual*, por lo que únicamente nos queda la *libertad de contratar*: el consumidor se limita a decir sí o no a una relación contractual propuesta por el prestador de servicios, pero no a con-

acuerdo con una acepción liberal parte de la idea de que los contratantes son iguales por lo que no se produce *ab initio* una indefensión de ninguna de las partes. Las partes iguales han podido reclamarse mutuamente información y han podido negociar en rango de igualdad el contenido del contrato correspondiente por lo que la negligencia de una de las partes puede desplazar la eventual malicia de la otra (17).

feccionar tal relación. Por ello, debe dar una global y responsable protección al consumidor diligente que no se limite a exigir un consentimiento informado del consumidor sino a defender, además, sus derechos en el momento de la consumación del contrato.

(17) En cuanto a la forma, se centra la legislación en materia de consumidores en la obligación por parte del prestador de servicios de facilitar al consumidor la información precontractual por escrito; en cuanto a la cantidad de la información, la legislación exige que el prestador informe al consumidor antes del contrato y con tiempo suficiente de todos los extremos del producto que va a contratar ora mediante un sistema de listado de informaciones relativas a ámbitos específicos del contrato, ora mediante cláusulas generales por las que obliga al prestador de servicios a informar suficientemente al consumidor especialmente en cuanto a aquellos aspectos no expresamente recogidos en el listado al que acabamos de hacer referencia y, por último; en cuanto a la calidad, la legislación en materia de consumo impone a los prestadores de servicios la obligación de informar a los consumidores de una manera clara, sencilla, accesible y suficiente del contenido del contrato. ¿*Quid* en caso de que el prestador de servicios no informe al consumidor en la forma, cantidad o calidad señalada por la Ley? Si bien no es objeto de estudio específico de este trabajo, puede señalarse que la solución pasa por diferenciar entre el incumplimiento de aspectos formales y sustantivos de la Ley. En cuanto al incumplimiento de los aspectos formales, debe entenderse que éstos se han establecido por la Ley con la finalidad de que el consumidor pueda probar la relación obligacional. La exigencia de que la oferta, las condiciones generales de la contratación o el contrato consten por escrito persiguen que el consumidor pueda alegar ante quien corresponda la existencia y los términos exactos del contrato. En este sentido, la falta de constancia escrita de la relación jurídica debe implicar, en nuestra opinión y siempre que se pruebe tal relación, la presunción de interpretación de las discordancias del mismo contrato a favor del consumidor, esto es, *in dubio pro consumptore*. La legislación de consumo persigue defender los intereses del consumidor frente a un todopoderoso prestador de servicios. En este sentido, nos encontramos con el artículo 70 TRLGDCU, relativo a las formalidades en el ejercicio del derecho de desistimiento. Al tratarse de un derecho a favor del consumidor, el rigorismo formal no cumpliría la finalidad perseguida por la Ley, por lo que este artículo establece precisamente la innecesariedad de formalismos concretos para el ejercicio de tal derecho. En materia de forma, vid. artículo 11 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. Por otra parte, la falta de información al consumidor en la cantidad o calidad exigida por la Ley tiene una consecuencia distinta: este mismo consumidor tendrá dificultades para la formación de un juicio crítico sobre el objeto al que dirigirá el futuro eventual consentimiento, por lo que la falta de tal información supone, en definitiva, un ataque o una merma en uno de los elementos esenciales del futuro contrato: el consentimiento (art. 1261 CC) entendido en la forma que señalábamos más arriba lo que debe suponer, a nuestro entender, una posible anulación del contrato por este defecto. En consecuencia, mientras que la forma escrita en materia de consumo se requiere *ad probationem*, la información sobre el contenido del contrato se requiere *ad solemnitatem* en el sentido de que su falta supone la anulabilidad del contrato. Y anulabilidad por dos motivos: el primero por el principio de economía contractual y el segundo porque, de conformidad con el Código Civil, únicamente la falta total y absoluta de consentimiento daría lugar a la nulidad del contrato frente a la cual el simple defecto en el consentimiento es resuelto por

La fase informativa empieza desde el momento mismo de la formación de la oferta. Empero, en materia de consumo ya no hablamos del período de formación de la oferta porque éste ha desaparecido: los futuros contratos (léase ofertas contractuales) son redactados exclusivamente por una de las partes, el prestador de servicios, y presentados de forma cerrada, innegociable, como un solo bloque a la otra parte contratante, el consumidor.

El contrato se sostiene por la oferta de igual manera que lo más alto necesariamente se sostiene por lo más bajo. La buena fe es exigible al tiempo de la formulación de la oferta y no solo al tiempo del cumplimiento contractual. En la contratación de consumo debe irse más allá por mor de la desigualdad *ab initio* de las partes. En consecuencia, justo y adecuado es que el ordenamiento exija al prestador de servicios desde la oferta un conjunto de requisitos informativos específicos y adecuados al desconocimiento del consumidor con el que va a contratar; más aún si tenemos en cuenta el desplazamiento que ha sufrido el consumidor desde el punto de vista de la formación de la oferta, de la tecnificación de los objetos ofertados y de la indefensión que sufre el consumidor durante la ejecución del contrato; y, por último, si tenemos en cuenta los innumerables contratos de esta índole que firma un consumidor a lo largo de su vida. Para que surja responsabilidad por parte del prestador de servicios por razón de una oferta no es preciso que el consumidor consienta y tenga lugar el contrato propuesto; simplemente el hecho de que un prestador de servicios incumpla sus obligaciones informativas son suficientes *per se* para suponer un incumplimiento de la legislación de consumo y que dé lugar a la sanción correspondiente. Cuestión distinta serán las consecuencias que se produzcan si, además, el contrato tiene lugar. Debe ampliarse expresamente la protección del consumidor.

Debemos hacer un receso en la argumentación para dedicarnos brevemente al problema propio de la contratación con consumidores: la asimetría. Ésta es fundamental y esencial pero no exclusivamente informativa. El prestador de servicios dispone de toda la información técnica, jurídica y económica del

nuestro Código Civil con la anulabilidad del contrato. Diferenciamos por tanto el carácter *ad solemnitatem* de la obligación de informar del prestador de servicios al consumidor del carácter *ad solemnitatem* de determinadas formas —inscripción en el Registro de la Propiedad o mero otorgamiento de escritura pública— en nuestro negocio jurídico cuya falta implica la nulidad total y absoluta del negocio jurídico como, por ejemplo, el caso de la donación de bien inmueble hecha en documento privado (art. 633 CC), el censo enfiteúutico realizado en documento privado (art. 1628 CC), la constitución en documento privado de la sociedad civil a la que se aportan derechos reales o bienes inmuebles (art. 1667 CC), etc. (vid. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 1282). Sobre la función del Registro de la Propiedad en cuanto a la información de la operación inmobiliaria o mercantil y su función en la eliminación de las asimetrías y oscuridad informativa, vid. MÉNDEZ GONZÁLEZ, *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs. 38 y sigs., 62 y sigs., 68 y sigs., 191 y sigs. y, por último, 205 y sigs.

objeto y del contrato; el consumidor no encuentra nada delante ni detrás de sí mismo: está solo. Afirma MÉNDEZ GONZÁLEZ (18) que «las asimetrías informativas presentes en el mercado son la principal dificultad para coordinar los intereses de las partes y, por tanto, para contratar. Por ello, para facilitar las transacciones se requieren instituciones que suministren a la parte peor informada... toda la información relevante, y que la mejor parte informada... le ocultaría si pudiera, en el caso de que esperase obtener de tal comportamiento mayores beneficios que del contrario, esto es, de la comunicación a la parte peor informada de toda la información relevante». El ordenamiento jurídico debe buscar fórmulas que reduzcan esta asimetría. La medida más exitosa en tal sentido ha sido, por motivos que no podemos estudiar por exceder del objeto de este trabajo, la del Registro de la Propiedad. Mediante éste se facilita a todos los titulares o interesados en una finca *en pie de estricta igualdad* los datos jurídicos relativos a la misma. De esta manera los interesados pueden tomar sus decisiones económicas con un nivel suficiente, razonable y fiable de información —pero, sobre todo, igual— a través de un regulador independiente. Además, una vez adquirida una finca de acuerdo con la información facilitada por el Registro de la Propiedad no serán oponibles al comprador derechos «escondidos» o que no se hubieran hecho constar previamente en el Registro de la Propiedad (19).

Pero los consumidores no son fincas, por lo que este sistema, aunque extremadamente útil, no resulta aplicable a aquéllos. ¿Qué medios se emplean por el legislador para proteger al consumidor? Éste solo puede manifestar un «sí» o un «no» durante el proceso de la oferta y de formación del contrato; no participa en modo alguno de la formación del contrato; los riesgos de la contratación en masa sobre los derechos del consumidor lleva a diferentes Estados a la aprobación de una ley conocida como de condiciones generales de la contratación que analizaremos más adelante. Intento vano en todo caso: no es posible curar el cáncer con tiritas. El contrato pasa de ser un negocio conformado por dos sujetos iguales —posición tradicional— a ser un nego-

(18) *Op. cit.*, pág. 38; en cuanto a los efectos de la asimetría informativa en relación con los derechos reales, vid. ARRUÑADA, *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, pág. 85 y sigs., y MÉNDEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 207.

(19) Señala el artículo 34 LH que: «El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente». En consecuencia, el Registro de la Propiedad «adjetiva» la misma propiedad de suerte que quien adquiriera un inmueble lo hará única y exclusivamente con lo adjetivos jurídicos manifestados en el Registro de la Propiedad sin que le puedan afectar otros que no constaran en el mismo como, por ejemplo, usufructos, ventas o derechos reales de garantía (hipotecas o derechos de anticresis).

cio por adhesión en el que se produce una «evolución en el contenido del contrato, donde ya no prima exclusivamente el consentimiento, sino que va a estar determinado en ciertos aspectos y en modo necesario por la ley» (20). Huelga decir que en nuestra opinión no se puede hablar de evolución de la contratación sino precisamente de involución porque lo que se ha hecho es que *se ha sustituido la negociación por la imposición* (21), siendo ésta la *lógica* (consecuencia) *de la contratación en masa* (22). Pero bien cierto es que en una tesitura económica y vital como la actual otro tipo de contratación sería difícilmente realizable.

Volvamos a la línea argumental principal: el contrato comienza en la fase precontractual con la oferta unilateralmente conformada por el prestador de servicios. Dado que esta fase es la esencial de todo contrato por los motivos apuntados, debe el legislador centrarse en la misma para evitar excesos por parte del prestador de servicios. En la práctica, el consumidor se encuentra diariamente con decenas de ofertas contractuales, ofertas en cuya formación no ha participado que emplean conceptos como fianza a primer requerimiento, pignoración, compensación, preferencia registral o similares conceptos y que se refieren a objetos completamente desconocidos para aquél. El consumidor queda desplazado enteramente del proceso contractual sin que alcance a comprender enteramente los términos objetivos —la radio, el servicio de asesoría jurídica, el billete de tren o avión, la matrícula académica o cualquier otro contrato que celebre o se le proponga celebrar— ni jurídicos contenidos en las ofertas que se le presentan. Recibe ofertas con apenas tiempo para ser estudiadas o sencillamente incomprensibles en la terminología empleada. Ante esta situación de apartamiento y desconocimiento, bien podría plantearse una solución alternativa para el consumidor que no quiera hacer de su vida diaria una ruleta rusa jurídica: puede sencillamente no contratar pero ello le privaría de viajar en metro, tener una conexión a Internet, comprar una lavadora, contratar gas, agua o electricidad; resulta imposible ofrecerle esta posibilidad al consumidor por ilusoria. Aceptando esta situación de partida, es preciso por parte de la Ley establecer un marco jurídico para el consumidor cuidadoso; pero este marco debe aplicarse también al consumidor negligente aunque no ampare jurídicamente su negligencia; este marco de protección consiste en facilitar al consumidor la máxima información con la claridad suficiente para que pueda tomar sus decisiones racionalmente dentro del mercado; la disposición de información precontractual le defenderá *a priori* y la existencia de remedios judiciales o extrajudiciales de resolución de con-

(20) SAP de Alicante, de 16 de marzo de 2000, Sección 6.^a

(21) BALLUGERA GÓMEZ, *El contrato-no contrato*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, Madrid, pág. 37.

(22) Para ver una crítica de las supuestas consecuencias de la contratación en masa, vid. BALLUGERA GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 40 y sigs. y sus respectivas notas.

fluctos ágiles, claros y efectivos le protegerán *a posteriori*. No es objeto de la Ley defender al consumidor negligente y tampoco puede utilizarse en su descargo el abrumador número de ofertas que recibe y contratos que firma diariamente en su calidad de consumidor: la diligencia es igualmente exigible al consumidor y solo él debe ser responsable de su propia negligencia en los términos establecidos por la legislación de consumo.

Volviendo a la contratación en masa, ¿cuál es el beneficio obtenido por el prestador de servicios en este tipo de contratación? Agiliza la contratación al presentar un solo modelo a todos los futuros contratantes; evita la intervención del consumidor con sus exigencias individuales; le permite controlar el riesgo de antijuridicidad de las cláusulas dado que la oferta que realiza será previamente estudiada en profundidad por sus asesores jurídicos; abarata costes mediata e inmediatamente. Resulta precisa una aclaración: la situación de superioridad del prestador de servicios no debe llevarnos a pensar que es la moralmente mala o perversa; simplemente ha articulado medios que le permitan abaratar las operaciones de tráfico en diversos sentidos lo que no presupone un abuso en el contenido de los contratos que suscriba ni un abuso de su posición; para determinar el desequilibrio deberá estarse a las sentencias (23) correspondientes o a la calificación registral (24) o las cláusulas resultantes.

Centremos ahora el problema objeto de estudio: la cláusula arbitral en contratos celebrados con consumidores, siempre que tal cláusula tenga la consideración de condición general de la contratación. Son dos las preguntas que nos planteamos básicamente: ¿es necesaria o simplemente conveniente la constancia de una cláusula de arbitraje que regule la resolución de potenciales conflictos en el caso de consumidores?, y ¿qué contenido mínimo debe tener la cláusula de arbitraje de consumo para su validez?

El artículo 2.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LA) —LA que deroga la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje (25) (en adelante, LA/1988)— señala que «son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de *libre disposición* conforme a derecho» (la cursiva es nuestra). Sin perjuicio de otros artículos que matizan la aplicabilidad de la presente Ley —especialmente en materia internacional—, solo el artículo 14 excluye expresamente la aplicación de la LA en cuanto a los arbitrajes laborales (26); de ello resulta la evidente amplitud de aplicación de esta ley.

(23) Vid. artículos 9.2, 10, 12.2, 20 y 21 y sigs. de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

(24) Vid. artículos 11 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, y 258.2 de la Ley Hipotecaria.

(25) Vigente, esta última, hasta el 8 de enero de 2001.

(26) En cuanto a los arbitrajes laborales, vid. Ley de Procedimiento laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril (BOE de 29 de abril de 1995), artículo 63 correspondiente al Título V (de la evitación del proceso), Capítulo I (de la conciliación previa).

La definición de arbitraje no debemos buscarla en la LA, que carece de definición alguna, sino en la LA/1988 (art. 1), que señala que es el negocio jurídico mediante el cual «las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en *materias de su libre disposición* conforme a derecho» (las cursivas son nuestras).

En consecuencia, negocio jurídico que no contrato, aunque sea general pero no necesariamente el medio para que el arbitraje tenga lugar, dado que la ley puede imponer el arbitraje como forma de resolución de un conflicto. Para el caso de que el arbitraje se acuerde mediante contrato, éste puede celebrarse tanto por las personas físicas como jurídicas. En este caso, la LA/1988 manifiesta una obviedad por cuanto la regla general en derecho es que las personas físicas y jurídicas, como titulares de personalidad jurídica, ostentan la misma facultad jurídica de ser titular de derechos y obligaciones salvo las que, obviamente, deriven de su especial naturaleza (27). Quizá la intención de la LA/1988 fue precisamente manifestar esta igualdad en el acceso al arbitraje.

«Pueden» y «previo convenio» hacen referencia a la misma autonomía de la voluntad de las partes contratantes pero con matices distintos. «Pueden» se refiere únicamente a la facultad para realizar tal convenio de conformidad con el artículo 1255 del Código Civil, mientras que «previo convenio» hace referencia a la necesidad de manifestación expresa de tal acuerdo; el «pueden» responde a la primera de las preguntas que nos planteábamos más arriba: el arbitraje no es obligatorio ni condición necesaria para la validez de un contrato. «Previo» no debe entenderse respecto del objeto del litigio —la celebración del contrato principal— sino respecto del arbitraje mismo. En consecuencia, las partes pueden acordar la compraventa de un billete de autobús sin referencia a arbitraje alguno. Llegado el conflicto en el momento de la consumación del contrato, las partes podrán acordar resolver tal conflicto por la vía del arbitraje, aunque no se hubiere pactado al tiempo de la compraventa. Como siempre, tal convenio será válido cualquiera que sea la forma en que se haya celebrado, siempre que reúna las condiciones esenciales para su validez, a saber: consentimiento, objeto y causa de la obligación que se establezca (arts. 1278 y 1261 CC) y sin perjuicio de lo que diremos más adelante especialmente en materia de arbitraje de consumo.

«La decisión de uno o varios árbitros» supone la aceptación de su decisión, del mismo modo que si fuera la de un Juez y la posibilidad de que el órgano arbitral sea uni- o pluri-personal. En cuanto a la exclusión de los Tribunales en las materias decididas o relativas a los árbitros, señala el ar-

(27) Vid. artículos 35, 37 y 38, párrafo I del Código Civil, 63 LSRL y 128 y 129 de la Ley de Sociedades Anónimas. El arbitraje forma parte del objeto social: los intereses defendidos en el arbitraje forman parte del conjunto de actividades que a su vez constituyen el objeto mercantil de la persona jurídica mercantil.

título 7 LA, que «en los asuntos que se rijan por esta Ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga». Nótese que el artículo 8 LA es el relativo a los «Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje» y que el mismo artículo se refiere al nombramiento judicial de árbitros —para el caso de que tal forma de nombramiento fuere necesaria—, a la asistencia judicial en la práctica de pruebas, a la adopción judicial de medidas cautelares, a la ejecución forzosa del laudo, al conocimiento de la acción de anulación del laudo o el *exequátur* de laudos extranjeros. Por tanto, tal artículo no entra en la decisión adoptada por los jueces refiriéndose, en consecuencia, al apoyo a la institución del arbitraje o a aquellos aspectos que no pueden alcanzar los árbitros —como es el caso de la adopción de medidas cautelares— pero no a la resolución arbitral misma. Únicamente puede surgir la duda en cuanto a la acción de nulidad del laudo y del que hablaremos más adelante (28). En este sentido, señala el artículo 11 LA, que «el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria». De todos los ámbitos señalados de intervención judicial en la actuación arbitral ninguno de ellos, salvo el de la acción de nulidad del laudo supone, *a priori*, una actuación sobre la decisión sustantiva (29) de los jueces. Pero tal excepción tiene un ámbito muy limitado a tenor de los artículos 40 LA y sigs. En concreto, el artículo 41 LA, relativo a los motivos para la injerencia, se refiere únicamente a causas objetivas no-sustantivas-de-decisión-arbitral. La excepción a tales causas objetivas la encontramos en el artículo 41.f), que señala que tal laudo será anulable cuando se pruebe que «es contrario al orden público». La generalidad y obviedad de tal causa de nulidad nos impide afirmar que la misma se refiera a la decisión arbitral en sentido general, sino a la concreta y, más aún, a los fundamentos que dan lugar a la decisión, por lo que nos encontramos ante una anulación, esta vez sí, de la decisión arbitral, pero por motivos que darían lugar, incluso, a la anulación de una decisión judicial. En cuanto a «Las cuestiones litigiosas», nos remitimos a lo dicho más arriba al respecto.

«Surgidas o que puedan surgir». Como ya hemos señalado más arriba, el convenio de arbitraje puede acordarse antes o después de surgido el objeto de controversia pero, en todo caso, debe existir el acuerdo de las partes de llevar el litigio a una corte arbitral. En defecto de tal acuerdo, el liti-

(28) Respecto de esta particular materia, vid. ALBALADEJO GARCÍA, *Si puede anularse el laudo de Derecho por infracción de normas y el de equidad por ser inequitativo*, Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, Madrid, 2009.

(29) Dejamos a un lado, por tanto, las decisiones procedimentales de las que acabamos de hablar y en las que sí puede, debe y tiene que intervenir la Autoridad Judicial por cuanto que los árbitros no son competentes en tales materias.

gio deberá ser resuelto por la vía judicial quedando descartada la arbitral. En este punto relativo al consentimiento se sitúa el problema de la formación unilateral de la oferta por parte del prestador de servicios con intervención de condiciones generales de la contratación, así como el escaso conocimiento del objeto contractual —el arbitraje, en este caso— lo que puede dar lugar a abusos por parte del predisponente en la forma que veremos más adelante.

«En materias de su libre disposición conforme a derecho». Nos remitimos a lo dicho más arriba subrayando, nuevamente, el amplio ámbito de desarrollo de la figura del arbitraje, dado el elenco de materias disponibles para este objeto.

¿Cuál es la función *jurídica* del arbitraje? Evitar la resolución de un conflicto por los órganos judiciales. Esta voluntad de evitar la judicialización puede deberse a diversos motivos: el especial conocimiento que de la materia o negocio concreto de que se trate tienen personas determinadas designadas como árbitros o la voluntad de agilizar el proceso de resolución del conflicto, lo que supone que se realizará teniendo en cuenta la especial *lex artis* del ámbito específico a que se refiera.

¿Cuál es la función *económica* de las cláusulas de arbitraje? Agilizar la resolución de los conflictos que puedan surgir derivados del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato por alguna de las partes. Es una respuesta similar a la dada en la pregunta anterior, pero es que el fin perseguido tiene una connotación evidentemente jurídica y también económica: dado que la resolución judicial de conflictos implica la entrada de un poder judicial con notables deficiencias de medios y una ralentización evidente de plazos las partes, *prima facie*, quieren ejercer sus derechos y que éstos se reconozcan cuanto antes mediante una resolución vinculante del conflicto surgido.

Pero, ¿qué tiene que ver la defensa de estos derechos con la economía? Quienes intervienen en el mercado están dispuestos a realizar operaciones en el mismo en tanto que junto con la claridad del negocio realizado obtengan alguna suerte de garantía en sentido genérico de que la otra parte cumplirá con lo contenido en el contrato; para el caso de que no cumpla las partes desean asegurarse de que un tercero resolverá el conflicto surgido y obligará al incumplidor a realizar su prestación; cuanta mayor seguridad haya en el mercado, cuanto más fácil y rápidamente se resuelvan los conflictos entre las partes, mayores serán las veces en las que el consumidor se atreverá a serlo entrando en el mercado. En consecuencia, la resolución ágil y eficaz de los contratos incide directamente en el volumen de operaciones realizadas y, por tanto, en un aumento progresivo del consumo y de la producción que sirva para satisfacer tal consumo. Huelga decir que el primer interesado en el fomento del consumo es el Estado por cuanto que obtendrá ingresos

por cada entrada del consumidor en el mercado mediante, entre otros, el IVA. Como ya hemos apuntado más arriba, no todos los problemas del mercado se resuelven simplemente con regulación; ciertamente es el primer e ineludible paso para configurar un marco en el que los consumidores se puedan mover y actuar. Pero a las normas inteligentes deben seguir las aplicaciones adecuadas y eficientes de las mismas, lo que no resulta actualmente como veremos.

¿Cuál es la función *social* del arbitraje? Elemento esencial del derecho es responder a las ansias de justicia de la comunidad. La función social del arbitraje es obtener una resolución justa de acuerdo con los principios de derecho y/o equidad a un conflicto dado. La Justicia deriva de la rapidez en la respuesta, de la seguridad normativa y de sus consecuencias y de la formación adecuada e imparcialidad de quienes deban decidir sobre el conflicto.

La cláusula de arbitraje no es necesaria para la validez del contrato. Existe como un remedio a la resolución judicial del conflicto pero, en todo caso, las partes tienen derecho a acudir a un Juzgado a resolver sus desavenencias. ¿Pero resulta idónea y/o procedente la inclusión de la cláusula de arbitraje?

En cuanto a la *procedencia* de la cláusula de arbitraje. Es evidente que las partes pueden acordar (art. 1255 CC) que la materia objeto de su contrato se resuelva mediante árbitros y no mediante una instancia judicial. Las cláusulas en materia de arbitraje son procedentes sin que su existencia suponga un problema de naturaleza jurídica y sin perjuicio de la legislación especial al respecto, pudiéndose manifestar el consentimiento a esta cláusula de forma expresa o tácita.

En cuanto a la *idoneidad* de la cláusula de arbitraje, puede estudiarse ésta desde un doble punto de vista: primero, si es idóneo hacer constar la cláusula como accesoria en un contrato *ab initio* o si, por el contrario, resulta mejor acordar el arbitraje sobrevenidamente solo en el momento y para el caso de que exista conflicto en la consumación del contrato y, segundo, si la institución del arbitraje reporta algún tipo de beneficio frente a la resolución judicial de conflictos. En cuanto al primero de los puntos, entendemos que resulta más adecuado y coherente obtener el acuerdo de las partes para un convenio global en el momento de la prestación del consentimiento al contrato principal. Otra solución supondría la necesidad de un nuevo acuerdo de las partes en el momento del surgimiento del conflicto con todos los problemas que ello acarrearía: nueva reunión de las partes; nuevo acuerdo de las mismas; y, por último, discusión acerca del contenido de la cláusula arbitral en un momento de discrepancia y desacuerdo. Lo dicho se entiende sin perjuicio de la especial normativa existente en materia de consumo y de la que hablaremos más adelante; pero podemos adelantar lo siguiente: para el supuesto de interven-

ción de consumidores en contratos que contengan, además, condiciones generales de la contratación, es inusual por poco operativo la existencia de un doble momento de prestación del consentimiento (el primero relativo a la celebración del contrato objeto de litigio y el segundo relativo a la cláusula arbitral). Si de lo que se trata es de acelerar y facilitar la contratación no deben plantearse dos momentos de acuerdo sino uno solo que englobe y prevea todos los eventuales supuestos de discrepancia y los modos de su resolución (30). Situación distinta de la anterior es aquella en la que nos encontramos entre partes iguales y cuya contratación se produce tras un largo proceso de tratos preliminares en los que cobra más sentido —aunque no resulte ideal— la posibilidad de posponer al momento el conflicto la celebración de un contrato de arbitraje.

En cuanto al segundo de los puntos, relativo a si la institución del arbitraje reporta algún tipo de beneficio frente a la resolución judicial de conflictos, se ha escrito mucho respecto de la posibilidad de descargar a la justicia ordinaria mediante la creación y desarrollo de medios alternativos de resolución de conflictos como el arbitraje y la mediación (31), así como mediante

(30) Como hemos dicho, la contratación en masa persigue la agilidad de la contratación y la reducción del riesgo de litigiosidad. Para ello, redacta unas únicas cláusulas para la totalidad de los clientes de manera que no discute cada contrato y mediante un estudio y redacción detallado de las cláusulas contractuales consigue reducir la posible ilegalidad (y el riesgo que ello conlleva) de las mismas, obteniendo una posición ventajosa por su experiencia, conocimiento y pericia, así como por la evidente ventaja que supone para el prestador de servicios haber redactado él mismo tales cláusulas. Por tanto, carece de sentido que quien puede determinar —y de hecho determina— el contenido del contrato deje para un momento y acuerdo posterior la firma de la cláusula relativa a la resolución arbitral de los conflictos por las razones expuestas además de por el hecho de que el mismo prestador de servicios estructurará el arbitraje de manera que sea lo más adecuado para sus propios intereses.

(31) Resulta precisa aquí una aclaración: la RAE define el arbitraje como la «acción o facultad de arbitrar» y como «juicio arbitral» (http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=arbitraje; fecha de la consulta: 24-11-2009); define arbitrar como «dar o proponer arbitrios» (http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=arbitraje; fecha de la consulta: 24-11-2009), y «arbitrios» como «sentencia o laudo del árbitro» (http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=arbitraje; fecha de la consulta: 24-11-2009), de lo que resulta que la RAE asimila la sentencia al laudo con la especialidad de que ésta es dictada no por un Juez sino por un árbitro. En consecuencia, un arbitraje tiene por objeto dictar un laudo (léase en el sentido de la RAE sentencia) lo que implica dictar una «Decisión de cualquier controversia o disputa extrajudicial, que da la persona a quien se ha hecho árbitro de ella para que la juzgue o componga» (http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=arbitraje; fecha de la consulta: 24-11-2009). Nótese cómo al definir el término sentencia, la RAE acude nuevamente al concepto de árbitro. En cuanto a la mediación, señala la RAE que por tal debe entenderse la «acción y efecto de mediar» (http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=arbitraje; fecha de la consulta: 24-11-2009) y que por mediar debe entenderse «Interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad» (http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=arbitraje; fecha de la consulta: 24-11-2009) sin que por ello deba el mediador juzgar o componer

la recolocación a otros órganos de aquellas instituciones de las que se ocupan los jueces y que, sin embargo, carecen de verdadero contenido judicial. Como ejemplo de esto último, tenemos la legalización de los Libros de Actas de las Comunidades de Propietarios por parte de los Registradores de la Propiedad (32), así como la futura posibilidad de encargar a estos mismos funcionarios la gestión de los Registros Civiles de los que hasta hoy se encargan los jueces (33).

Mediante esta descarga de asuntos por parte de la Autoridad Judicial, se pretende buscar una mayor eficiencia, eficacia y rapidez, así como flexibilidad en la resolución de conflictos, manteniendo la calidad jurídica que sustenta las resoluciones y con una evidente economía de costes para el Estado y los ciudadanos y de tiempo para estos últimos (34). En nuestra opinión, debe facilitarse y ampliarse la senda abierta por el arbitraje —de consumo más concretamente— mediante el acceso de los cuerpos jurídicos del Estado pertinentes y su participación en la resolución arbitral de los conflictos surgidos.

INFLUENCIA DE LA INTERVENCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA CONTRATACIÓN (35)

¿Qué se entiende por consumidor? La definición viene dada en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se

sino reconciliar y unir. La diferencia estriba, por tanto, en que el árbitro está facultado para dar una solución, mientras que en la mediación son las partes las que se dan la solución dirigidas por el mediador (vid. BLANCO CARRASCO, *El contrato de corretaje*, Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008, pág. 20).

(32) Artículo 19 de la Ley 49/1960, de Propiedad Horizontal; en cuanto a la publicidad de los arbitrajes por vía registral, vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, «Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral», en *RCDI*, núm. 612, 1992, págs. 2033-2054.

(33) Artículos 10 y 11 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil.

(34) Vid. RODRÍGUEZ, Carlos E., «Salvemos la justicia (II)», en *El Notario del Siglo XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid, julio-agosto de 2008, núm. 20, págs. 26-31, pág. 27.

(35) Vid. La bibliografía relativa a consumidores es amplísima, entre otros: CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, «Derecho comunitario y protección de los consumidores», en *RCDI*, núm. 620, 1994, págs. 201-214; GÓMEZ POMAR, «La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2003; RIVERO GONZÁLEZ, «El comercio electrónico con consumidores en la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico», en *Revista de Gestión Pública y Privada*, núm. 8, 2003, págs. 221-252; DOMÍNGUEZ LUELMO, «Contratación electrónica y protección de consumidores: régimen jurídico», en *RCDI*, núm. 660, 2000, págs. 2327-2388; GARCÍA GARCÍA, «La función registral calificadora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los autos del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña», en *RCDI*, núm. 610,

aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU) y que señala que «...son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional» (36). No se trata tanto de una persona determinada como de una *posición jurídica* de una persona determinada (37). Una persona física o jurídica no nace sino que se hace consumidor.

¿Qué se entiende por prestador de servicios? El TRLGDCU habla de «productor» y «proveedor». Al primero lo define como el «...fabricante del bien o el prestador del servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio, su nombre, marca u otro signo distintivo» (art. 5); al segundo lo define como «el empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución» (art. 7).

¿Por qué una regulación específica para el caso de intervención de consumidores? Porque son contratantes subordinados o en situación de inferioridad que requieren de una especial protección del ordenamiento jurídico; esto supone, tal y como hemos estudiado más arriba, que la intervención de consumidores en un contrato exige la aplicación de normas especiales que maten las generales. En este apartado nos centraremos en estudiar estos principios en relación con el objeto del presente trabajo.

Debemos diferenciar dos ámbitos en materia de protección de los consumidores: por una parte, con independencia de la diligencia o negligencia atribuible directamente al consumidor más allá de la falta de pericia y conocimiento del mismo en los términos que señalábamos más arriba, el prestador

1992, págs. 1313-1358; REYES LÓPEZ, «El Derecho Comunitario y el proyecto de reformar la normativa reguladora de los derechos de los consumidores y usuarios», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 263, 2006, págs. 37-45; TORRES LANA, *La protección del turista como consumidor*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2003; LASARTE ÁLVAREZ, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid, 2003.

(36) Este concepto no ha estado exento de polémica: desde la vinculación del mismo respecto de las Comunidades Autónomas (vid. SSTs de 26 de enero de 1989 y 18 de junio de 1989) pasando por su aplicabilidad respecto de las sociedades mercantiles (SAP de La Coruña de 13 de junio de 2002, Sección 1.^a) y la intención por personas jurídicas de constituirse en consumidores pese a no resultar destinatarios finales de los bienes sino para integrarlos en el proceso empresarial o profesional (SSTs de 17 de julio de 1997, 16 de diciembre de 1998, 18 de junio de 1998 y 16 de octubre de 2000) hasta, finalmente, la crítica del mismo precepto por su limitación (SAP de Córdoba de 17 de septiembre de 1998, Sección 1.^a).

(37) Vid. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, *La protección inmobiliaria del consumidor en la Comunidad Europea*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, pág. 169.

de servicios está objetivamente obligado a proveer al consumidor de determinada información tasada cuantitativa —*qué*— y cualitativamente —*cómo*— por el legislador; el prestador está obligado a proveer al consumidor de esta información y en la forma estipulada por la Ley con independencia de que el consumidor se la requiera o no.

El *punto principal de imputación de obligaciones* es el prestador de servicios y no el consumidor a quien solo se le requiere una diligencia general; por otra parte, y una vez facilitada por el prestador de servicios al consumidor la citada información, la Ley no protege al consumidor negligente o que no intervino con la diligencia suficiente y exigible de acuerdo con las circunstancias del caso concreto.

Para el caso de que concurra falta de información y/o de diligencia por el prestador de servicios y por el consumidor respectivamente, cada uno de ellos deberá soportar las consecuencias de su actuación sin que una de las partes pueda alegar la desidia o la dejación de la otra para justificar su actuación. Esto no obstante, en caso de duda, la interpretación de la situación y de las consecuencias de la misma deberá ser más favorable para el consumidor en virtud del principio *in dubio pro consumptore*.

En cuanto a la normativa específica en este aspecto tenemos dentro del TRLGDCU:

1. Artículo 8.b), relativo a los derechos básicos de los consumidores y usuarios, que señala que «son derechos básicos de los consumidores y usuarios... la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos (38)».
2. Artículo 8.f), también relativo a estos mismos derechos básicos de los consumidores, que señala que «la protección de sus derechos, mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión».
3. Artículo 10, que señala que «la renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil». De acuerdo con el principio de economía contractual, la nulidad de una de las cláusulas

(38) EL TS se ha encargado de declarar en diversas ocasiones el carácter abusivo de la nulidad de determinadas cláusulas como la de sumisión expresa contenida en un contrato de adhesión atendiendo a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de Consumidores y Usuarios; el espíritu contenido en esta norma se ha visto secundado por la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (relativa a las cláusulas abusivas en los contratos suscritos por los consumidores, y la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación; vid. STS de 22 de noviembre de 2002, Sala Primera de lo Civil.

del negocio no supone *per se* la nulidad de la totalidad del negocio siempre que la cláusula nula no impida la adecuada integración del negocio (39).

4. Artículo 62.2, que señala que «se prohíben, en los contratos con consumidores y usuarios, las cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato».
5. Artículo 62.3, que señala que «en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado se prohíben las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin al contrato».
6. Artículo 68.1 párrafo 2.º, que señala que «serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento»; y, por último,
7. Artículo 82, relativo a las cláusulas abusivas.

En cuanto a las *características de la información* —el *cómo* se debe informar— que deben contener las cláusulas de los contratos celebrados con consumidores tenemos:

1. Artículo 8 TRLGDCU, relativo a los derechos básicos de los consumidores y usuarios, que en su apartado «d» señala que «son derechos básicos de los consumidores y usuarios... la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute».
2. Artículo 12 TRLGDCU, relativo a la información a los consumidores y usuarios sobre los riesgos de los bienes o servicios.
3. Artículo 17 TRLGDCU, relativo a la información y educación de los consumidores y usuarios.
4. Artículo 18, apartado 2.º TRLGDCU, relativo al etiquetado y presentación de los bienes y servicios.

(39) En este mismo sentido, aunque en sede de condiciones generales de la contratación y sin perjuicio de lo que señalaremos más adelante, señala el artículo 10.1 que «la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia»; otro caso de integración contractual lo encontramos en el artículo 65 TRLGDCU, que señala que «los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante».

5. Artículo 60 TRLGDCU, relativo a la información previa al contrato que el empresario deberá poner a disposición del consumidor. En consecuencia, nos encontramos en la fase formativa del negocio jurídico.
6. Artículo 61 TRLGDCU, relativo a la integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato y en el que se establece el carácter vinculante para el prestador de servicios del contenido de la oferta, promoción y publicidad, así como la necesidad de que el contenido de las mismas se adecue a las condiciones propias de la contratación.
7. Artículo 69 TRLGDCU, que establece la obligación de informar al consumidor sobre el derecho de desistimiento.
8. Artículo 20 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio (en adelante, LSSI) electrónico relativa a la información exigida para las comunicaciones comerciales, ofertas promocionales y concursos.
9. Artículos 27 y 28 LSSI, relativos a las obligaciones previas y posteriores a la contratación.
10. Artículo 19 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante, LCM), relativa a la información en materia de ofertas especiales.
11. Artículo 20 LCM, relativa a la información/constancia de los precios anteriores junto con el nuevo para el caso de reducción de éstos.
12. Artículo 35 LCM, relativo a la veracidad de la oferta.
13. Artículo 40 LCM, relativo a la información previa para el caso de ventas a distancia.
14. Artículo 47 LCM, relativo a la información al tiempo de la ejecución de las ventas a distancia.
15. Artículo 50 LCM, relativo a las advertencias obligatorias que deben realizarse para el caso de la venta automática.
16. Artículo 55 LCM, relativo a la información del vendedor ambulante.
17. Artículo 58 LCM, de la información que debe contener el bien objeto de venta para el caso de su enajenación en pública subasta; y, por último,
18. La normativa propia de las Condiciones Generales de la Contratación de la que hablaremos más adelante.

Con la intención de reducir todos estos puntos en dos capitales que por sí solos justifican en nuestra opinión la existencia de una rama específica del derecho relativa a los consumidores tenemos:

1. *La expulsión del consumidor del período de formación contractual.* La formación unilateral de la oferta deriva de la necesidad

de agilizar la contratación por parte de los prestadores de servicios. A través de la unilateralidad no solo se obtiene velocidad negocial sino una situación de preponderancia que supone la eliminación de los tratos preliminares, la formación unilateral de la oferta o la creación del contrato de adhesión en el que el consumidor solo puede aceptar o rechazar pero en ningún caso negociar y la proliferación de las condiciones generales de la contratación —que suponen un *plus* a la unilateralidad en los términos explicados más arriba—. Todo esto implica la efectiva expulsión del consumidor en el período más importante del contrato: el de su formación. En tal sentido, define BALLUGERA GÓMEZ el contrato de adhesión como «aquél propio del intercambio masivo, en el que el contenido contractual, formado en todo o en parte por condiciones generales de la contratación (40), presenta junto al consenso una posibilidad *indeterminada* de disenso contraria al concepto de contrato que debe ser eliminada»; y,

2. *La falta de pericia del consumidor.* Implica el desconocimiento del consumidor del objeto sobre el que va a contratar. Bien es cierto que el consumidor conocerá *grosso modo* el objeto del contrato pero no en sus detalles más profundos por dos motivos: la velocidad de la presentación de la oferta que no ha redactado él y de la prestación del consentimiento y por desconocimiento técnico del objeto sobre el que va a contratar frente a la pericia del prestador de servicios. Y son precisamente estos detalles los que llevan a la litigiosidad y discusión de las partes: la calidad de los productos con los que se realizó el objeto del contrato, el acabado del producto, la durabilidad del mismo, la existencia de garantías de los productos vendidos a consumidores y la extensión de la misma garantía, el trato al cliente, la celeridad en la resuelta para el caso de necesarias reparaciones del producto, etc. Es evidente que el prestador de servicios no va a extender, *motu proprio*, el ámbito de sus obligaciones por lo que al consumidor solo le queda como título probatorio de la obligación el contrato correspondiente, contrato en cuya redacción el mismo consumidor no intervino en ningún momento salvo para adherirse al

(40) Debemos matizar una cuestión frente a esta definición: si el autor entiende el contrato de adhesión en el sentido señalado por la LCGC, efectivamente por tal debe entenderse al que contiene en todo o en parte condiciones generales de la contratación; si el concepto de contrato de adhesión se entiende en el sentido propio de sus palabras, esto es, como un negocio en el que una de las partes se adhiere a lo predispuesto o preexistente (por la otra), para que exista tal adhesión solo se requerirá la imposición unilateral del contenido del contrato que el adherente podrá o no aceptar pero no necesariamente las condiciones generales.

mismo de lo que resulta la importancia de la forma (escrita) del contrato con la finalidad de prueba (41).

Estas circunstancias determinan con carácter general una especial interpretación y ponderación del consumidor y, más especialmente, de los contratos firmados por él en las citadas circunstancias lo que nos lleva a una serie de exigencias-principios como son:

1. *Equivalencia de las prestaciones.* La legislación persigue la defensa de la equivalencia de las prestaciones sancionando con la nulidad-anulabilidad todas aquellas cláusulas desequilibradas atendiendo a las circunstancias de lugar y naturaleza del negocio jurídico así como a las contrarias al principio de la buena fe. No puede hablarse de que las cosas valen lo que se paga por ellas dado que el consumidor no sabe exactamente qué precio corresponde al valor de la cosa.
2. *Consentimiento formado e informado.* Nos remitimos a lo dicho más arriba.
3. *Interpretación pro consumptore.* El carácter secundario del consumidor en el proceso de contratación tanto desde el punto de vista de la redacción de la oferta como desde el imperfecto conocimiento del objeto del contrato dejan a aquél en una situación de desvalimiento. En consecuencia, la *presunción de inocencia* del consumidor o de *no culpabilidad* del mismo late en nuestro ordenamiento jurídico lo que lleva a una interpretación a favor del consumidor para el caso duda. Dado que el consumidor no redacta las cláusulas no es responsable de la oscuridad de éstas; dado que el consumidor no redacta las cláusulas, no puede haber creado ni facilitado el desequilibrio de las prestaciones para el caso de que se produzcan y, por último; dado que el consumidor desconoce *ab initio* la verdadera naturaleza del bien en toda su extensión si surge algún problema en cuanto a la comprensión de la misma naturaleza por parte del consumidor, tal problema-duda únicamente puede surgir por una defectuosa información o facilitación de ésta por parte del prestador de servicios.
4. *Carácter circular o retroalimentador de los principios en materia de consumo/carácter holístico o global de la legislación en materia*

(41) Sin perjuicio de lo dicho más arriba sobre la forma de los contratos, y teniendo en cuenta el principio de interpretación *pro consumptore*, la exigencia de formas por parte de la legislación que supongan un gravamen para el consumidor o que no impliquen una mejora de sus derechos o afianzamiento de su posición debe entenderse *contra consumptore*, por lo que de una interpretación integradora del ordenamiento jurídico y de sus principios, debe tenderse a la eliminación de tales formas.

de consumo. Todos los principios anteriores individualmente expuestos deben considerarse como un todo dirigido a la adecuada protección del consumidor. La adecuada formación del consentimiento exige determinar el verdadero contenido de lo consentido lo que supone, a su vez, la necesidad de demostrar de alguna manera, por escrito generalmente, el negocio consentido así como la oferta que motivó tal consentimiento. Para el caso de dudas en cuanto a la oferta o el contrato consentido resulta preciso establecer reglas de interpretación especiales y matizadamente distintas de las previstas en los artículos 1281 del Código Civil y siguientes por cuanto que el mismo Código Civil prevé la existencia de partes igualmente formadas e informadas y que participan por igual en la formación del contrato lo que, en este caso particular, no se produce. Esto implica la necesidad de establecer una presunción interpretativa en favor de la parte más débil, esto es, el consumidor y de impedir las cláusulas que impliquen un desequilibrio de las partes por cuanto que éstas no han sido negociadas individualmente.

El hecho de que las partes deseen acudir al sistema arbitral de resolución de conflictos no puede suponer, en ningún caso, una merma de los derechos del consumidor. ¿Cómo se logra tal merma de derechos? Mediante la 1) redacción de una cláusula de arbitraje oscura o incomprensible, con numerosas remisiones a otras normas o, simplemente, 2) predeterminando los árbitros entre personas proclives o que tengan o puedan tener en el futuro intereses de cualquier índole con el prestador-de-servicios-predisponente-redactor-unilateral-de-la-oferta.

El primero de los problemas se resuelve a través de las normas específicas en materia de contratos en general —art. 1288 CC— y de consumidores en general.

El segundo de los problemas —la elección de árbitros no imparciales—, se resuelve por la normativa de consumo mediante un sistema por pasos, esto es: distinguiendo según la cláusula de arbitraje se pacte al tiempo del contrato principal o al tiempo del surgimiento del conflicto y sin perjuicio del principio general de la buena fe y del equilibrio de las prestaciones. De este asunto trataremos más adelante al hacer referencia específicamente al arbitraje de consumo.

INCIDENCIA DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN EL OBJETO DE ESTUDIO (42)

No es objeto de este trabajo realizar un estudio en profundidad en materia de condiciones generales de la contratación sino centrarnos exclusivamente en el ámbito de incidencia de estas cláusulas en la formación del consentimiento, así como en la información necesaria que el prestador de servicios debe facilitar al adherente (43) al respecto (44).

Con la finalidad de regular las condiciones generales de la contratación —la *letra pequeña* (45) de los contratos— se ha redactado una ley sencilla (46), con escaso número de artículos —veinticuatro en total— que distingue netamente las condiciones generales de la contratación —que quedan reguladas

(42) Vid. ALBIEZ DOHRMANN, «El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral», en *RCDI*, núm. 618, 1993, págs. 1421-1486; BENDITO CAÑIZARES, «La impugnación judicial de las condiciones generales de la contratación», en *RCDI*, núm. 657, 2000, págs. 403-480; CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, «Condiciones generales en la contratación financiera», en *RCDI*, núm. 651, 1999, págs. 389-440; DÍAZ FRAILE, «La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993», en *RCDI*, núm. 622, 1994, págs. 1023-1036; GÓMEZ GÁLLIGO, «La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación», en *RCDI*, núm. 648, 1998, págs. 1587-1622; RAMÓN CHORNET, «Las condiciones generales de la contratación: El nuevo Registro especial de condiciones generales de la contratación. Las condiciones generales de la contratación y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 661, 2000, págs. 2625-2690.

(43) Se ha planteado la cuestión de si el adherente ha de ser necesariamente un consumidor o si aquél puede ser un prestador de servicios o comerciante. Si bien la LCGC en su Exposición de Motivos señala que «tiene por objeto la trasposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores... [modificando] el marco jurídico preexistente de protección al consumidor» y que «la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual», queda claro que en la mente del mismo legislador está la protección del consumidor y también la de todos aquellos que acepten condiciones generales de la contratación. Podemos colegir que aunque pensada para consumidores, la ley busca aplicarse también a quien no lo sea (en este sentido, vid. CABELLO DE LOS COBOS, *La Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 149).

(44) La bibliografía relativa a las condiciones generales de la contratación es, al igual que en materia de consumo, amplísima; entre otros: en cuanto a la naturaleza anfibológica, vid. BALLUGERA GÓMEZ, *op. cit.*; en cuanto a la calificación registral de las condiciones generales de la contratación, vid. DÍAZ FRAILE, «La trasposición en el Derecho español de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Aplicación registral», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 10, 2.ª época, 1995; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Rodrigo), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coord.), Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, y MENÉNDEZ MENÉNDEZ y DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002.

(45) Vid. CABELLO DE LOS COBOS, *La Ley de Condiciones Generales...*, pág. 99.

(46) Vid. *Ibíd.*, pág. 102.

en la presente ley—, los contratos de adhesión sin condiciones generales —que no son objeto de regulación por la presente ley— y las cláusulas abusivas (47) —que son declaradas nulas— (48).

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación queda completada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias que regula diversos aspectos relacionados en sus artículos 80 a 91 (Libro III —Contratos y Garantías—, Título II —Condiciones Generales y cláusulas abusivas—, Capítulos I —Cláusulas no negociadas individualmente— y II —Cláusulas abusivas—) (49).

Ya hemos visto más arriba cómo la unilateralidad en la formación de la oferta y en la redacción del contrato no implica *per se* la existencia de condiciones generales de la contratación, sino que se trata de una cualidad compartida de ambas figuras. La unilateralidad en la redacción de todo o parte del negocio jurídico está previsto en el Código Civil en el artículo 1288 del Código Civil que al indicar que «la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad» parece acercarse a la idea de que quien hubiera redactado la cláusula o que aún no habiéndola redactado hubiere dado indicaciones para su redacción que produjeran la oscuridad, no podrá verse beneficiado de la interpretación que resulte de tal oscuridad facilitando una regla de interpreta-

(47) Señala el artículo 82 TRLGDCU, relativo al concepto de cláusulas abusivas, que: «1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. 2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba. 3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. 4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario; b) limiten los derechos del consumidor y usuario; c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato; d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable».

(48) Vid. CABELLO DE LOS COBOS, *La Ley de Condiciones Generales...*, pág. 102.

(49) Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, introduce el apartado 5.2, y la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios que afecta a los artículos 16 y 19.

ción (50). La aceptación de un contrato redactado por uno solo de los contratantes y que contenga cláusulas oscuras no hace que el aceptante tenga que sufrir la oscuridad. En consecuencia, el artículo citado debe entenderse en el sentido de que favorecerá, a quien no habiendo producido directa o indirectamente la oscuridad acepte el contrato que contenga la citada cláusula oscura (51).

Más allá de la simple unilateralidad se encuentra el concepto de condición general de la contratación. Su ámbito conceptual viene dado por el artículo 1 LCCGGC, que señala que «son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión».

Son elementos esenciales de las condiciones generales la predisposición e incorporación y la imposición por uno de los contratantes y la intención de incluir estas condiciones en una pluralidad de contratos (52). Nótese que la ley dice *intención* y no que *efectivamente* hayan sido incorporadas a la pluralidad de contratos. En consecuencia, aunque las condiciones hayan sido hechas constar en un solo contrato si se demuestra que la intención era incorporarlas a una pluralidad de contratos, aquéllas tendrán la consideración de condiciones generales de la contratación.

A los efectos de encuadrar los efectos jurídicos propios de las condiciones generales de la contratación, procedemos a señalar los puntos más relevantes en relación con este trabajo:

1. Artículo 3 relativo al ámbito territorial y a las disposiciones imperativas y redactado conforme a la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que establece que:

La presente Ley se aplicará a las cláusulas de condiciones generales que formen parte de contratos sujetos a la legislación española.

También se aplicará a los contratos sometidos a legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio es-

(50) En contra de que tal artículo establezca una regla de interpretación, O'CALLAGHAN, *op. cit.*, pág. 1326.

(51) Señala O'CALLAGHAN (*op. cit.*, pág. 1327), que «ocasionar la oscuridad significa no solo redactar el contrato o la cláusula oscura, sino que hay que entenderlo en el sentido de toda intervención que en relación de causa-efecto determine la oscuridad».

(52) Vid. CABELLO DE LOS COBOS, *La Ley de Condiciones Generales...*, pág. 106.

pañol y tenga en éste su residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en los tratados o convenios internacionales. Cuando el adherente sea un consumidor se aplicará lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 10 bis de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

2. Artículo 5 relativo a los requisitos de incorporación, que establece que:

1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.

2. Los adherentes podrán exigir que el Notario autorizante no transcriba las condiciones generales de la contratación en las escrituras que otorgue y que se deje constancia de ellas en la matriz, incorporándolas como anexo. En este caso el Notario comprobará que los adherentes tienen conocimiento íntegro de su contenido y que las aceptan.

3. Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración.

4. En los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma.

5. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

3. Artículo 6 relativo a las reglas de interpretación y redactado conforme a la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios y que señala que:

1. Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares.

2. Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente. En los contratos con consumidores esta norma de interpretación solo será aplicable cuando se ejerciten acciones individuales.

3. Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo, y en lo no previsto en el mismo, serán de aplicación las disposiciones del Código Civil sobre la interpretación de los contratos.
4. Artículo 7, relativo a la no incorporación de las cláusulas que contengan condiciones generales de la contratación y que señala que:

No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

 - a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.
 - b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que disciplinase en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.
5. Artículo 8, relativo a la nulidad de las condiciones generales y que señala que:
 1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.
 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales, en todo caso, las definidas en el artículo 10 bis y Disposición Adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
6. Artículo 9 relativo al régimen aplicable y cuyo apartado tercero ha sido derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que señala que:
 1. La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual.
 2. La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil.

7. Artículo 10, relativo a los efectos y que señala que:

1. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.

2. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo.

Únicamente nos queda realizar una serie de reflexiones generales al respecto de la mano de BALLUGERA GÓMEZ: la desigualdad contractual de las partes entre las que discurre el intercambio negocial (53) que se concreta en la «subordinación o indefensión del adherente» (54) y la exclusión del adherente de la fase de los tratos preliminares sustituyendo la negociación por la imposición (55) —lo que conlleva posteriormente a una «falta de lectura o de comprensión, forzosa e irracional, del formulario» (56)— son las causas que justifican la intervención del derecho en defensa del adherente.

La dinámica de las condiciones generales de la contratación ha llevado a plantearse a algún autor si efectivamente nos encontramos ante un verdadero contrato, dado que «...la ausencia o la reducción del alcance de los tratos preliminares y de la negociación en la formación del contenido contractual, determinan que éste, en gran medida, sea objeto de imposición, de suerte que tras la adhesión, a diferencia de lo que ocurría en el contrato por negociación, *no aparece la certeza de una completa confluencia* de voluntades, sino que subsisten las dudas sobre que la misma se haya producido» (57).

Nosotros no llegaremos a tanto: entendemos que el adherente es libre para aceptar o rechazar el contenido del contrato que se le ofrece; no es en la práctica libre para negociar el contenido del contrato porque el predisponente de servicios no está dispuesto a ello por principio (económico y de seguridad jurídica). Esto último no supone que no haya habido acuerdo de voluntades dado que el adherente goza en todo momento de la posibilidad de decir sí o no al contenido del contrato; pero que haya contrato no significa, en absoluto, que todo el contrato sea válido: sus cláusulas deben interpretarse de acuerdo con el cedazo de los principios propios que rigen la legislación en materia de condiciones generales de la contratación conjuntamente con los principios propios de la legislación de consumidores para el caso de que en el adherente concurra la circunstancia de consumidor.

(53) BALLUGERA GÓMEZ, *op. cit.*, pág. 36.

(54) *Ibíd.*, *op. cit.*, pág. 37.

(55) *Ibíd.*, *op. cit.*, pág. 37.

(56) *Ibíd.*, *op. cit.*, págs. 41-43.

(57) *Ibíd.*, *op. cit.*, pág. 49. Las cursivas son del autor.

La contratación en masa no puede, en ningún caso, constituir justificación alguna para la disminución de los derechos del adherente; especialmente resulta amenazada la formación del consentimiento o, más concretamente, la existencia de un *consentimiento informado*. Más al contrario, la existencia de la contratación en masa en general y de las condiciones generales de la contratación en particular sumado a la impericia del adherente justifica la existencia de normas especiales que eleven la posición jurídica de éste para tratar de acercarlo a la posición del predisponente; además de la normativa en este sentido, resulta inexcusable la provisión de medios eficaces y ágiles que aseguren la inmediata resolución de los conflictos que puedan surgir entre el predisponente y el adherente, medios que además de estar previstos funcionen efectivamente.

EL ARBITRAJE EN EL ÁMBITO DE LA LEGISLACIÓN DE CONSUMO

Procedamos a estudiar específicamente el arbitraje en materia de consumo. La LA funciona como norma general y la normativa de consumo como ley particular.

1. La Disposición Adicional Única LA, relativa a los arbitrajes de consumo señala que:

Esta Ley será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refiere la Ley 26/1984, de 19 de julio, general de defensa de consumidores y usuarios, que en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho.

La LA se aplica con carácter supletorio al arbitraje de consumidores. En defecto de la LA resultará de aplicación el Código Civil y el Código de Comercio, en su caso.

La redacción de esta Disposición Adicional Única resultaría confusa si no se lee conjuntamente con la EM VII.2 LA, que señala que: «Se invierte la regla que la Ley de 1988 contenía a favor del arbitraje de equidad. La preferencia por el arbitraje de derecho en defecto de acuerdo de las partes es la orientación más generalizada en el panorama comparado. Resulta, además, muy discutible que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin más especificaciones, pueda presumirse que incluya la de que la controversia sea resuelta en equidad y no sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiere de resolver un tribunal. El arbitraje de equidad queda limitado a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente, ya sea a través de una remisión literal a la *equidad*, o a términos similares como decisión *en conciencia*, *ex aequo et bono*, o que el árbitro actuará como *amigable compone-dor*. No obstante, si las partes autorizan la decisión en equidad y al tiempo

señalan normas jurídicas aplicables, los árbitros no pueden ignorar esta última indicación», y el artículo 34.1 LA que señala que: «Los árbitros solo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello».

Por tanto, la resolución arbitral por equidad es perfectamente pactable de acuerdo con la LA, pero solo se entenderá que las partes desean una resolución de equidad cuando expresamente lo indiquen; en caso contrario, los árbitros decidirán de derecho. En materia de consumo el arbitraje de equidad es preferido sobre el de derecho por lo que se invierte la regla de la LA.

2. Artículo 9.1 a .5 LA (Forma y contenido del convenio arbitral):

1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

2. Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato.

3. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.

Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

4. Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior.

5. Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra.

Expone el artículo 9.1 dos cuestiones: dónde puede colocarse una cláusula arbitral en relación con el contrato principal y cuál es el contenido mínimo de ésta para que sea válida. La cláusula de arbitraje puede pactarse: a) juntamente con el contrato cuyo cumplimiento puede ser objeto del arbitraje, o b) como cláusula independiente convenida, b.1) antes o b.2) después del contrato principal, y b.3) antes o b.4) después de existir la discrepancia que deba ser sometida a arbitraje.

La LA entiende que es suficiente con que las partes manifiesten la voluntad de someter sus discrepancias al arbitraje para que éste exista. En tal caso, el arbitraje se resolverá de derecho si las partes no manifiestan expresamente lo contrario (art. 34.1 LA ya visto).

En el caso de que el convenio de arbitraje forme parte de un negocio de adhesión, remite la LA a la normativa específica. La remisión —que ob-

viamente se refiere a la LCGC— es incorrecta: esta LCGC no regula los contratos de adhesión *per se* sino los contratos que contengan condiciones generales de la contratación y que por ello son contratos de adhesión. Como hemos visto más arriba debe diferenciarse netamente ambas figuras.

Define la RAE por adhesión la «Acción y efecto de adherir o adherirse, conviniendo en un dictamen o partido, o utilizando el recurso entablado por la parte contraria» (58) y por adherir entiende «Convenir en un dictamen o partido y abrazarlo», así como «Dicho de quien no lo había interpuesto: Sumarse al recurso formulado por otra parte» (59). En consecuencia, quien se adhiere no negocia individualmente, sino que se suma a lo afirmado por otra persona sin discutir el contenido de lo afirmado; se limita por tanto a decir «sí» o «no»; las condiciones generales de la contratación añaden un matiz distinto y es que las mismas han «sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos» (art. 1.1 *in fine* LCGC). Y es ésta la diferencia entre el contrato de adhesión y las condiciones generales: en aquél y en éste el adherente solo puede decir «sí» o «no»; pero solo en éste se han previsto las cláusulas para una pluralidad de contratos aunque finalmente no se materialice esta pluralidad de contratos; en definitiva: no todo contrato de adhesión incluye condiciones generales de la contratación pero todo contrato con condiciones generales de la contratación es un contrato de adhesión.

3. EM TRLGDCU (60) señala que:

Conforme a la regulación adoptada, los pactos de sumisión al arbitraje se conducen al momento en el que el consumidor puede evaluar co-

(58) http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=adhesiçon (fecha de la consulta: 27-11-2009).

(59) http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=adhesiçon (fecha de la consulta: 27-11-2009).

(60) El TRLGDCU viene a derogar (Disposición Derogatoria Primera.2), entre otras, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios, que regulaba el arbitraje en sus artículos 14 (Las oficinas de información de titularidad pública, sin perjuicio de las que verifiquen las organizaciones de consumidores y usuarios, podrán realizar tareas de educación y formación en materia de consumo y apoyar y servir de sede al sistema arbitral previsto en el artículo 31), 31 cuyas especiales no recogidas en los artículos 57 y 58 TRLGDC son: 1) en la LGDCU se relaciona directamente el arbitraje con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva señalando que el arbitraje tendrá lugar «sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución»; y, por último, 2) en la LGDCU se exigía que el arbitraje para su validez «deberá constar expresamente por escrito», la Disposición Adicional primera LGDC, que señala que: «A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes... 26. La sumisión a arbitrajes distintos del consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para sector o un supuesto específico» y, por último, la Disposición Final Sexta LGDCU, que señala que: «1. En el plazo de un año,

rectamente el alcance de la decisión que, en la mayor parte de los casos, se ve obligado a adoptar, y que es aquél en el que surge la controversia. Se eleva con ello la protección del usuario ante fórmulas arbitrales no siempre lícitas y se garantiza la no renuncia previa a los derechos reconocidos legalmente. Esta regla se completa con la determinación de la nulidad de los pactos suscritos contraviniéndola, en aplicación de las previsiones de la propia Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios sobre la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por la ley al consumidor. La tipificación de su vulneración, como infracción de consumo, se deduce claramente de la letra k) del artículo 49.1 en el que se califica como tal el incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en esta Ley y disposiciones que la desarrollen. Se incorpora al articulado, asimismo, las precisiones introducidas por la reiterada Ley 44/2006, de 29 de diciembre, sobre la determinación reglamentaria de los supuestos en que podrá interponerse reclamación ante la Junta Arbitral Nacional frente a las resoluciones de las juntas arbitrales territoriales sobre admisión e inadmisión de solicitudes de arbitraje y el establecimiento, asimismo, en la norma reglamentaria, de los supuestos en que actuará un árbitro único en la administración del arbitraje de consumo» (61).

Evaluación correcta de la decisión. Nos remitimos a lo dicho más arriba respecto de la formación del consentimiento por parte del consumidor. *Irrenunciabilidad previa* de los derechos por parte del consumidor. Esta norma funciona como medio de defensa de sus derechos impidiendo que el prestador de servicios obligue al consumidor-adherente a tal renuncia considerando ilegal tal tipo de cláusulas.

1. Artículo 57 TRLGDCU, relativo al Sistema Arbitral del Consumo:

1. El Sistema Arbitral del Consumo es el sistema extrajudicial de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios a través del cual, sin formalidades especiales y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que el conflicto no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito.

2. La organización, gestión y administración del Sistema Arbitral de Consumo y el procedimiento de resolución de los conflictos, se establecerá reglamentariamente por el Gobierno. En dicho reglamento podrá preverse la

desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno, contando con el parecer de las Comunidades Autónomas a través de la Conferencia Sectorial de Consumo y con audiencia del Consejo de Consumidores y Usuarios, dictara una nueva regulación del sistema arbitral de consumo, regulando también el arbitraje virtual. 2. Reglamentariamente se determinarán los supuestos en que podrá interponerse reclamación ante la Junta Arbitral Nacional frente a las resoluciones de las juntas arbitrales territoriales sobre admisión o inadmisión de las solicitudes de arbitraje. 3. Reglamentariamente se establecerán los supuestos en que actuará un árbitro único en la administración del arbitraje de consumo».

(61) Las cursivas son nuestras.

decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje de derecho, el procedimiento a través del cual se administrará el arbitraje electrónico, los supuestos en que podrá interponerse una reclamación ante la Junta Arbitral Nacional frente a las resoluciones de las Juntas arbitrales territoriales sobre admisión o inadmisión de las solicitudes de arbitraje y los casos en que actuará un árbitro único en la administración del arbitraje de consumo.

3. Los órganos arbitrales estarán integrados por representantes de los sectores empresariales interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones Públicas.

4. Los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo previsto en este artículo, solo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico.

Los convenios arbitrales pactados contraviniendo lo dispuesto en el párrafo precedente serán nulos.

Notas de este arbitraje —y sin perjuicio de lo dicho más arriba— son: que tendrá lugar solo por motivos de consumo cuando el conflicto se produzca entre el empresario y el consumidor y no entre empresarios —salvo que uno de ellos tenga la consideración de consumidor, como ya hemos visto— ni entre consumidores; carácter vinculante del laudo arbitral sin necesidad de pacto entre las partes (en nuestra opinión, no es posible el pacto en contrario porque en tal caso la finalidad de la ley quedaría defraudada); exclusión de determinadas materias que no podrán ser objeto de arbitraje por corresponder al derecho público y no meramente privado; preferencia del ordenamiento jurídico por el arbitraje de equidad frente al de derecho de lo que resulta la innecesariedad de que los árbitros conozcan el derecho; lo anterior facilita la formación de las Juntas arbitrales entre personas de los sectores (consumidores y empresarios, principalmente) interesados; fijación de la adecuación del arbitraje a esta ley dependiendo del momento en que se pacte: antes de surgido el conflicto solo podrá pactarse el arbitraje de consumo ante las Juntas Arbitrales de Consumo, después de surgido el conflicto las partes podrán regular el arbitraje como consideren pero siempre de acuerdo con las normas generales del derecho (imparcialidad de los árbitros); consecuencia de un arbitraje de consumo contrario a la presente ley: la nulidad. No declara la Ley si la nulidad es absoluta o relativa. Nosotros entendemos que debe ser absoluta por razón de los intereses en juego y del espíritu general de la Ley.

2. Artículo 58 TRLGDCU relativo a la Sumisión al Sistema Arbitral del Consumo y que reza como sigue:

1. La sumisión de las partes al Sistema Arbitral del Consumo será voluntaria y deberá constar expresamente, por escrito, por medios electró-

nicos o en cualquier otra forma admitida legalmente que permita tener constancia del acuerdo.

2. Quedarán sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de adhesión al arbitraje de consumo formalizados por quienes sean declarados en concurso de acreedores. A tal fin, el auto de declaración de concurso será notificado al órgano a través del cual se hubiere formalizado el convenio y a la Junta Arbitral Nacional, quedando desde ese momento el deudor concursado excluido a todos los efectos del Sistema Arbitral de Consumo.

De ello resulta que en defecto de sumisión al arbitraje tendrá lugar la resolución judicial del conflicto; se produce una redacción un tanto confusa: parece que expresamente se refiere a la constancia por escrito, por medios electrónicos o en cualquier otra forma que permita conocer la existencia del acuerdo. ¿Cabría una presunción de existencia del acuerdo aunque éste no conste expresamente o debe constar expresamente en cualquier otra forma admitida en derecho? En nuestra opinión si las partes manifiestan expresa o tácitamente su voluntad de que haya arbitraje habrá arbitraje.

3. Exposición de Motivos de la LSSI, que señala que:

Por su sencillez, rapidez y comodidad para los usuarios, se potencia igualmente el recurso al arbitraje y a los procedimientos alternativos de resolución de conflictos que puedan crearse mediante códigos de conducta, para dirimir las disputas que puedan surgir en la contratación electrónica y en el uso de los demás servicios de la sociedad de la información. Se favorece, además, el uso de medios electrónicos en la tramitación de dichos procedimientos, respetando, en su caso, las normas que, sobre la utilización de dichos medios, establezca la normativa específica sobre arbitraje.

4. Artículo 32 LSSI, relativo a la solución extrajudicial de conflictos:

1. El prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información podrán someter sus conflictos a los arbitrajes previstos en la legislación de arbitraje y de defensa de los consumidores y usuarios, y a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que se instauren por medio de códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación.

2. En los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos a que hace referencia el apartado anterior, podrá hacerse uso de medios electrónicos, en los términos que establezca su normativa específica.

De la EM y del artículo 32 LSSI resulta el régimen jurídico aplicable a cada uno de los arbitrajes, atendiendo a la situación de las partes: con carácter general se aplicará la LA; si el arbitraje es electrónico podrá acudirse a amigables componedores que se deberán regir por las órdenes de las partes o por sistemas preestablecidos —*códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación*— y, en su defecto, por la LA; y, por último, en el caso

de que intervengan consumidores el arbitraje se regirá en todo caso por el TRLGDCU.

5. Artículo 61 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSP), relativo a los mecanismos de solución de conflictos que señala que:

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

2. Asimismo, podrán someter voluntariamente sus divergencias a decisión arbitral en los términos del artículo 31 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y sus normas de desarrollo.

3. En cualquier caso, y salvo aquellos supuestos en que la legislación de protección de los consumidores y usuarios lo impida, también podrán someter a arbitraje las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materia de libre disposición conforme a derecho, en los términos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje.

Las conclusiones que extraemos de estas normas son:

1. *Nulidad de las normas que contravengan las disposiciones relativas al arbitraje, especialmente para el caso de intervención de consumidores (EM TRLGDCU).* Al objeto de defender por todos los medios al consumidor atendiendo a su situación de inferioridad en las relaciones contractuales en las que intervenga como tal, el legislador sanciona con la nulidad —anulabilidad habría que decir por cuanto que el consumidor puede ratificar el acto en el momento idóneo previsto por el legislador— los negocios realizados sin adecuarse a las normas y precauciones previstas por aquél. Esta nulidad-anulabilidad para el caso del arbitraje celebrado con un contenido o en un momento no previsto por la Ley sigue la misma senda y se funda en los mismos motivos de fondo que otros remedios similares de los que hemos hablado más arriba: defender al consumidor de situaciones que le perjudiquen *per se* o provocadas por el prestador de servicios;
2. *Intervención concurrente de diferentes legislaciones para el caso de arbitraje con intervención de consumidores.* La existencia de un negocio jurídico concreto —el arbitraje— en una situación determinada —contratación en masa con inserción de condiciones generales de la contratación— y con intervención de un sujeto especial —los consumidores— supone la intervención de diversas legislaciones y la necesidad de una jerarquización entre las mismas. A tal

efecto, debe seguirse el principio de que la legislación especial deroga la general. En tal sentido, las restricciones contenidas en diversas normativas de consumo y relativas al arbitraje matizan o concretan el ámbito de aplicación de la LA y, así, señala el artículo 1.3 LA, que «esta Ley será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras Leyes». En esta misma línea, las cortes arbitrales a las que puede acudir el consumidor (62) y las personas que las pueden conformar o, para el caso de que no acuda a las cortes predeterminadas, el momento en que deberá realizar tal elección alternativa, no se encuentran contempladas en la LA sino en el TRLGDCU.

3. *Adecuada evaluación por parte del consumidor de la decisión de resolución de un conflicto por la vía del arbitraje (EM TRLGDCU) (63).* Debemos distinguir dos situaciones:

- a) Que prestador de servicios y consumidor no hubieran incluido *ab initio* cláusula alguna en materia de arbitraje. En este caso, las partes decidirán en el momento de surgir el conflicto el órgano arbitral al que deciden someterse salvo que *ex lege* se exija el conocimiento del conflicto y la sumisión de las partes a un órgano arbitral determinado.
- b) Que prestador de servicios y consumidor sí hubieran incluido *ab initio* una cláusula en materia de arbitraje. En este caso, las partes deberán someterse necesariamente al órgano arbitral de consumo determinado *ex lege*. Esto no obstante, y siguiendo lo que hemos dicho en el subpunto anterior, puede plantearse un acuerdo fruto de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) por el que se modifique el acuerdo tomado *ab initio* y las partes se sometan a una junta arbitral distinta de la prevista para consumo salvo que *ex lege* se exija el conocimiento del conflicto y la sumisión de las partes a un órgano arbitral determinado. La limitación *ex lege* de la cláusula acordada al comienzo de la relación jurídica y no el momento del surgimiento del conflicto persigue que el prestador de servicios no imponga por la vía de las condiciones generales de la contratación o de las cláusulas individualmente pactadas, un arbitraje que pueda resultar

(62) De acuerdo con el espíritu de la legislación en materia de consumo, sería más correcto hablar de aquellas cortes de arbitraje a las que el prestador de servicios está obligado a someterse salvo que el consumidor decida otra cosa en el momento expreso señalado por tal legislación. De esta manera, se incide más en la idea de obligación del prestador de servicios y de defensa de los derechos del consumidor que de una actividad del consumidor mismo.

(63) Vid. TORRALBA SORIANO, «Eficacia del contrato preliminar de arbitraje», en *RCDI*, núm. 453, 1966, págs. 309-360.

no equitativo para el consumidor ora por razón de los árbitros, ora por razón de las circunstancias en las que tal arbitraje se plantee (64).

4. *Idoneidad del arbitraje como forma de resolución de conflictos (EM LSSI)* (65). El arbitraje es un sistema igual de apropiado que la vía judicial como forma de resolución de conflictos sin que se mengüen en absoluto los derechos de las partes. Más aún, y para el caso de intervención de consumidores —donde es más probable la desigualdad de las partes en el sentido señalado más arriba—, la ley establece, bajo pena de nulidad-anulabilidad, los términos exactos del arbitraje. Asimismo, el arbitraje supone un medio de «desahogo» del sistema judicial al disminuir el número de casos que deben ser atendidos por los órganos que componen el citado sistema.
5. *Flexibilidad y rapidez del arbitraje a la hora de resolver los conflictos*. Ambos conceptos hacen referencia a la falta de solemnidades para el caso del arbitraje: por un lado, la LA no establece formalismo alguno respecto del arbitraje eliminando, incluso, el requisito establecido por la anterior LA por el que se exigía la protocolización del laudo arbitral (66); por otro, el propio artículo 57 TRLGDCU refuerza tal idea al definir el arbitraje en materia de consumo como un

(64) Si bien el prestador de servicios puede plantear un arbitraje equitativo, la ley opta por predeterminar las juntas arbitrales a las que las partes pueden acudir *a priori*. En todo caso, si las partes acuerdan *a priori* —esto es, antes de que se produzca el conflicto— acudir a una corte arbitral distinta de la señala por la normativa de consumo, el acuerdo será anulable —a pesar de que el TRLGDCU dice expresamente que «los convenios arbitrales pactados, contraviniendo lo dispuesto en el párrafo precedente, serán nulos»— dado que, a nuestro entender, podrá realizarse la ratificación por parte del consumidor de tal arbitraje en el momento de surgimiento del conflicto. Tal ratificación, entendemos, no debe presumirse sino que debe deducirse de manifestación expresa del consumidor ante una manifestación de sus derechos y de la anulabilidad del arbitraje pactado *a priori* ante órganos distintos de los expresados en la ley, así como su derecho a acudir a órganos distintos de los inicialmente pactados en el contrato. Si admitiéramos la simple intervención del consumidor en el arbitraje previsto en la cláusula constituida *a priori* sin adecuación a las previsiones legales como una intervención convalidatoria de tal acuerdo, estaríamos dando eficacia jurídica sanadora a un acto realizado por un consumidor desinformado que no es consciente —y sin que por tal supuesto violentemos el principio de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento (art. 6.1.1 CC) dado el concepto que hemos dado más arriba sobre el consumidor— de la trascendencia de su acto, defraudando de esta manera las previsiones legales y otorgando una interpretación de los hechos y actos favorable al prestador de servicios.

(65) Vid. Díez CLAVERO, «Tendencias del Derecho hacia el arbitraje institucional mercantil», en *RCDI*, núm. 627, 1995, págs. 545-560.

(66) Artículo 33.2 LA 1988; vid., además, de la misma LA 1988, los artículos 35.2, sobre la manifestación de los gastos del arbitraje entre los que se deberán incluir los relativos a la protocolización del laudo arbitral, y 36.2, relativo al momento de la protocolización del laudo arbitral y su notificación a las partes.

«sistema extrajudicial de resolución de conflictos... sin formalidades especiales». Además, existe un conjunto de preceptos sustantivos y no meramente formales de la LA que facilitan tal flexibilidad y rapidez del arbitraje. Comprobamos como la totalidad de la LA está dirigida a facilitar la existencia y evacuación del arbitraje a través de su articulado. Con carácter no exhaustivo tenemos:

- a) Artículo 2, relativo a las materias susceptibles de arbitraje. Este artículo persigue ampliar el máximo posible el elenco de materias objeto de arbitraje por lo que únicamente quedarán excluidas del mismo aquellas no disponibles por las materias que se referirán, generalmente, a cuestiones de orden público.
- b) Artículo 5, relativo a las notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos. Este artículo establece una serie de reglas con el fin de facilitar la notificación o la presunción de realización de tal notificación, de tal manera que el arbitraje pueda tener lugar.
- c) Artículo 6, relativo a la renuncia tácita a las facultades de impugnación que al permitir presumir tácitamente tal renuncia facilita el acceso al arbitraje disminuyendo los tiempos de resolución de conflictos a través de este sistema.
- d) Artículo 7, por el que se excluye la intervención de cualquier tribunal para el caso de asuntos conocidos por un(o) (o varios) árbitros que debe entenderse junto con el artículo 11.
- e) Artículo 8, que establece —para el caso de que fuera preciso— los Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje pero —y esto resulta especialmente importante a los efectos de la rapidez de resolución de los conflictos sometidos a arbitraje—, tales Tribunales no podrán inmiscuirse en el arbitraje como forma de resolución de conflictos sino únicamente a efectos de controlarlo en términos expresamente tasados.
- f) Artículo 9, relativo a la forma del convenio arbitral que aunque exige que tal convenio conste por escrito (67), se admite cualquier documento que resulte bastante a tal efecto con un sentido muy amplio.
- g) Artículo 10, permite la constitución de arbitrajes por la vía del testamento para resolver conflictos entre coherederos. Tal artículo debe interpretarse en relación con el 1058 del Código Civil y los demás relativos a la partición de la herencia.

(67) En este mismo sentido, artículo 58 TRLGDCU, aunque ampliando la posibilidad de que conste por escrito por medios electrónicos y en consonancia con el artículo 32.2 LSSI.

- h) Artículo 12, relativo al número de árbitros, que exige únicamente el número impar de los mismos a los efectos de evitar empates y permitiendo los arbitrajes unipersonales.
 - i) Artículo 13, relativo a la capacidad para ser árbitro respecto de las personas físicas —a los entes institucionales se refiere el art. 14— que no establece prohibiciones especiales más allá de las aplicables a cualquier sujeto —exige para ser árbitro que los mismo se hallen «en el pleno ejercicio de sus derechos civiles», lo que debe entenderse en relación con el art. 322 del Código Civil, dado que el art. 175 del Código Civil solo se refiere con carácter especial para la adopción— o las aplicables a sujetos concretos de conformidad con la legislación especial.
6. *Preocupación por la licitud del arbitraje mediante la búsqueda de árbitros verdaderamente imparciales* (art. 57 TRLGDCU). Dentro de la finalidad señalada más arriba de estructurar el arbitraje de manera que en ningún caso perjudique al consumidor, la legislación manifiesta una especial preocupación por predeterminar árbitros verdaderamente imparciales. La parcialidad de los árbitros es un ataque a la buena fe y a la igualdad de las partes. Pero la parcialidad de la decisión de los árbitros resultaría muy difícil de probar aunque la LA establezca normas estrictas al respecto (68) por lo que se hace preciso determinar quiénes pueden y quiénes no pueden ser árbitros por razón, especialmente, de la vinculación de éstos con los arbitrados. Pensemos en el caso de un árbitro que tiene la expectativa de que una de las partes sometidas al arbitraje se convierta en su cliente una vez concluido el mismo: cumpliría con la previsión de la LA al no tener relación personal o profesional antes o durante el arbitraje pero es probable que no fuera imparcial en su resolución. Por ello, resulta necesario y prudente constituir en árbitros a personas que no podrán tener en el futuro, ni en el presente o pasado (durante un tiempo razonable), relaciones económicas *ex voluntate* con los arbitrados.
7. *Irrenunciabilidad del consumidor a sus derechos fundamentales por motivo del arbitraje y defensa de sus intereses* (art. 58 TRLGDCU), y, por último,
8. *Supuestos tasados del uso del arbitraje por razón del objeto de la contienda*. La legislación no solo predetermina los arbitrajes de consumo como aquéllos por los que las partes pueden decidirse *a priori* —antes de que exista el conflicto— sino que, además, determina los casos en los que no puede elegirse tal Sistema Arbitral de Consumo

(68) Vid. artículos 17 y 21 LA.

por razón de la materia que se esté discutiendo, así, tendrá lugar la resolución de asuntos por parte de tal Sistema Arbitral de Consumo «siempre que el conflicto [objeto del arbitraje] no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito» (art. 57 TRLGDCU).

LA CLÁUSULA ARBITRAL

REGULACIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

Finalizamos este trabajo estudiando los requisitos mínimos que debe tener una cláusula de arbitraje para que pueda considerarse suficiente para producir sus efectos; de ello resultará que las partes podrán compelerse recíprocamente a la resolución del conflicto por medio de un arbitraje o por medio de un juicio.

Señala la Disposición Adicional única LA que:

Esta Ley será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refiere la Ley 26/1984, de 19 de julio, general de defensa de consumidores y usuarios, que en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho.

El artículo 9 LA regula la forma y contenido del convenio arbitral. Transcribiremos uno a uno sus párrafos intercalando los correspondientes comentarios y salvo el apartado 6.º por cuanto que se refiere al arbitraje internacional y excede de nuestro objeto de estudio:

1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

La LA habla del «convenio» que debe relacionarse con el hecho de que el mismo «deberá expresar la voluntad de las partes», lo que implica que el acuerdo de arbitraje es una cláusula de carácter independiente e instrumental respecto del negocio principal. La nulidad de la cláusula accesoria de arbitraje no producirá la nulidad del contrato principal aunque la nulidad del contrato principal sí producirá la nulidad de la cláusula accesoria (69).

La LA hace referencia al *convenio arbitral* y no directamente al *arbitraje*: por *convenio* debe entenderse el contrato por el que se acuerda el arbitraje sin perjuicio de que por ley pudiera eventualmente establecerse la obligación de resolver un determinado conflicto por arbitraje (art. 1089 CC).

(69) Vid. artículo 1155 del Código Civil.

Para el caso de que se llegue al arbitraje por contrato se precisará capacidad para consentir, lo que nos lleva directamente a la teoría general del negocio jurídico —en especial, arts. 166, 271 y 272, 322, 323, 1261.1.º, 1263 y 1714 CC—.

Deberá determinarse qué controversias dentro de un negocio jurídico —que hemos venido en denominar como principal— deben ser resueltas por medio del arbitraje. Éste no podrá extenderse a ninguna materia más de las expresadas por las partes o que puedan deducirse racional e indubitadamente de sus manifestaciones:

2. Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato.

Nos remitimos a lo dicho más arriba sobre este punto:

3. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.

Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

4. Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que éstas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior.

5. Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra.

Los apartados 3.º al 5.º se centran en determinar cuándo puede considerarse probada la existencia del arbitraje. A primera vista, la LA se aparta del artículo 1278 del Código Civil que predica la libertad de forma para la validez de los negocios jurídicos al exigir que el convenio arbitral conste por escrito.

La LA utiliza dos recursos distintos: por un lado, que el convenio arbitral «deberá constar por escrito»; por otra, dice que «se considerará que hay convenio». De lo anterior resulta que el requisito es *ad solemnitatem*, aunque tratando de emplear diferentes medios *ad probationem* de la existencia del acuerdo de arbitraje. De esta manera, pese a emplear un criterio restrictivo para la existencia del arbitraje al someterlo a un requisito de forma, sin embargo, emplea un criterio laxo a la hora de asumir como prueba escrita del arbitraje diferentes documentos del acuerdo expreso al respecto, es decir, de un contrato propiamente dicho. Sin perjuicio de lo dicho más arriba, *¿quid* en caso de que las partes no manifiesten por expresamente su voluntad de someter determinada materia a arbitraje pero tal sometimiento pueda deducirse del

texto del contrato? De acuerdo con lo que ya dijimos, si puede entenderse que las partes quisieron arbitraje habrá arbitraje.

Debemos criticar la redacción de este apartado por las dudas que genera. Debió haberse manifestado que el contrato de arbitraje se entenderá existente siempre que de cualquier modo admitido en derecho pueda probarse su existencia o si a partir de los acuerdos probados de las partes puede deducirse la voluntad de éstas de someter a arbitraje las desavenencias que pudieren surgir.

En otro orden de cosas, el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, desarrolla los artículos 57 y 58 TRLGDCU; este Real Decreto da al Sistema Arbitral de Consumo un carácter institucional (art. 1.2) —cuya crítica excede del ámbito de objeto de este estudio— y reitera ciertas cuestiones contenidas en las diferentes leyes: el carácter extrajudicial, vinculante y ejecutivo (de las resoluciones) del arbitraje (art. 1.2), las materias objetos del arbitraje (art. 2) y la normativa aplicable al arbitraje (la general o LA, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos para el caso de arbitrajes electrónicos, y la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

El Real Decreto mantiene las características esenciales del arbitraje de consumo y trata de introducir modificaciones para incrementar la seguridad jurídica de las partes y la homogeneidad del sistema. Se establecen mecanismos que favorecen la previsibilidad del sistema creando dos instituciones nuevas: la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo y el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo (70); y se apuesta decididamente por la capacitación de los árbitros, por la creación de colegios sectoriales y especializados, o por las ofertas públicas de adhesión sin limitación. No obstante una de las perniciosas consecuencias de esta norma es que el procedimiento arbitral de consumo se complica (71).

Los artículos del Real Decreto que aquí interesan son los siguientes:

1. Artículo 24. Convenio arbitral:

1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente de las partes, deberá expresar la voluntad de las partes de resolver a través del Sistema Arbitral de Consumo, las controversias que puedan surgir o hayan surgido en una relación jurídica de consumo.

(70) Constituido el 24 de febrero de 2009.

(71) Vid. LARA GONZÁLEZ, «Completa entrada en vigor del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo», en *Legal Today*, http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/consumidores_y_usuarios/completa-entrada-en-vigor-del-rd-2312008-de-15-de-febrero-por-el-que-se-regula-el-sistema-arbitral-de-consumo (fecha de la consulta: 19-11-2009).

El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en intercambio de cartas, telegramas, telex, fax u otros medios de comunicación electrónica que permitan tener constancia del acuerdo, considerándose cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

2. Artículo 33. Normas aplicables a la solución del litigio:

1. El arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho.

El artículo 24.1, párrafo 1.º, exige a las partes que mencionen al Sistema Arbitral de Consumo a los efectos de que el arbitraje se rija por sus normas específicas. Estamos de acuerdo en tal matización: las partes deben manifestar expresa o tácitamente pero sin duda alguna, que desean someterse al sistema de arbitraje propio de consumo. ¿*Quid* si las partes señalan genéricamente que desean resolver sus problemas a través del arbitraje pero sin especificar que éste sea el concreto de consumo? Para el caso de que el acuerdo se adopte antes de nacer el litigio el acuerdo será nulo tal y como vimos más arriba. Por tanto, la duda solo puede suscitarse si pactándose el arbitraje después de surgir el conflicto no se especifica el tipo de arbitraje que se acuerda. El ejemplo es harto improbable pero no imposible. Entendemos que pese a que las partes no lo indiquen expresamente para el caso de intervención de consumidores debe regir el arbitraje específicamente previsto *ex lege* para este caso salvo que las partes expresamente lo excluyan por ser el que mejor se adapta al caso concreto previsto por la norma.

CONTENIDO MÍNIMO DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

¿Existe un contenido mínimo necesario e imprescindible con carácter *ad solemnitatem* para que la cláusula de arbitraje de consumo exista y despliegue todos sus efectos?

Elementos personales

Las partes deberán designar directamente quiénes serán árbitros de acuerdo con el artículo 15.2 LA y siguiendo el principio de igualdad (art. 15.1 LA). En caso de no hacerlo, procederá la autoridad judicial a nombrarlos (art. 15.3 LA).

En el caso de arbitrajes de consumo, debe diferenciarse entre el arbitraje acordado antes o después de ocurrido el suceso que hace preciso el mismo arbitraje. En los acordados antes, las partes solo podrán —so pena de nulidad—

designar como árbitros a los previstos en la legislación de consumo. En realidad, se trata de una elección de órganos arbitrales más que de árbitros. Para el caso de cláusula de arbitraje pactada una vez ocurrido el suceso litigioso, las partes, en plano de igualdad, podrán elegir a quien consideren conveniente.

En consecuencia, el hecho de que las partes no señalen quién debe ser el árbitro, no supone en ningún caso nulidad de la cláusula de arbitraje: si el arbitraje se rige por la LA será el juez quien lo designe; si el arbitraje se rige por el TRLGDCU serán los designados por el propio TRLGDCU quienes resuelvan como árbitros.

De lo anterior extraemos la siguiente conclusión: la falta de designación de árbitros concretos no es causa de nulidad de la cláusula de arbitraje puesto que la ley prevé quiénes serán árbitros en defecto de los designados por las partes.

¿*Quid* si las partes designan árbitro a quien *ex lege* no puede serlo? Nos referimos a un supuesto distinto al de abstención y recusación (72), y falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones (73) del árbitro: en el caso que nos planteamos las partes acuden a un árbitro que no puede actuar como tal por estar previsto por la ley que sea otro quien actúe como tal. La LA no resuelve expresamente este caso. Quizá las partes se decidieron por el arbitraje en razón de la persona que iba a ser árbitro por lo que en caso de no serlo preferirían acudir a la vía judicial y no a la arbitral. En el caso de la LA deberá procederse a interpretar el contrato. Si el arbitraje se hizo atendiendo a la persona del árbitro el arbitraje deberá tenerse por no puesto para el caso de que el árbitro no pudiera desempeñar la función.

En el caso del TRLGDCU, la solución es más sencilla *ab initio*: la propia norma determina con carácter excluyente quiénes deberán ser los árbitros. Si las partes dentro del marco de la actividad de consumo eligen a persona distinta a la prevista *ex lege* entendemos que se debe aplicar directamente la norma de consumo. Lo importante en materia de consumo es que las partes decidan resolver por el arbitraje sus conflictos y no —en ningún caso atendiendo al espíritu de la Ley— quién en concreto sea el árbitro.

Elementos reales

En este punto nos centraremos en el ámbito material de extensión de la cláusula de arbitraje de acuerdo con la declaración de las partes.

Si éstas expresan de forma enumerada los supuestos que deban regirse por el arbitraje deberá estarse a sus declaraciones; si el arbitraje forma parte de un contrato de adhesión deberá aplicarse el artículo 1288 del Código Civil;

(72) Artículo 17 LA.

(73) Artículo 19 LA.

si el arbitraje forma parte de una condición general de la contratación, procederá la aplicación del mismo artículo citado en tanto que redactado exclusivamente por una de las partes además de la LCGC; en el caso de que se trate de un arbitraje de consumo, el TRLGDCU no establece previsión interpretativa alguna específica al respecto sin perjuicio de aplicar el espíritu de subordinación del que parte el legislador respecto del consumidor tal y como ya hemos señalado (74).

Si las partes no expresan de forma enumerada los supuestos que deban regirse por el arbitraje deberá procederse de la siguiente manera: si las partes establecen el arbitraje y no delimitan el ámbito de su aplicación todo el contenido del contrato deberá someterse al arbitraje sin más límite que el establecido *ex lege*; si las partes delimitan objetivamente el alcance del contrato deberá estarse a sus declaraciones; en caso de duda, entendemos que debe aplicarse extensivamente el arbitraje. En el caso de arbitraje de consumo deberán aplicarse las mismas reglas.

En todo caso, no deberá extenderse el arbitraje a ningún supuesto expresamente excluido por las partes.

La consecuencia que podemos extraer es la siguiente: si las partes no especifican el ámbito material de aplicación del arbitraje la cláusula tendrá toda su validez.

Elementos formales

En este apartado nos remitimos a lo dicho más arriba. Únicamente señalaremos como conclusión lo siguiente: que el TRLGDCU señala en su artículo 58.1 que el pacto de arbitraje «deberá constar expresamente, por escrito, por medios electrónicos o en cualquier otra forma admitida legalmente que permita tener constancia del acuerdo», y que el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, y desarrolla el TRLGDCU, señala que «El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en intercambio de cartas,

(74) No obstante, señala la EM TRLGDCU que: «En los contratos de prestación de servicios o suministro de bienes de tracto sucesivo o continuado, se han observado prácticas obstruccionistas al derecho del consumidor a ponerles fin. Para evitarlas, se introducen reformas para que quede claramente establecido, tanto en la fase previa de información como en la efectiva formalización contractual, el procedimiento mediante el cual el consumidor puede ejercitar este derecho y se asegura que pueda ejercitarlo en la misma forma en que contrató, sin sanciones o cargas. Estas reglas se completan con dos previsiones. De un lado, la integración del contrato conforme a la buena fe objetiva, según las reglas de interpretación e integración del Código Civil y las exigencias de la leal competencia. Se refuerza así la posición contractual del consumidor y se establece con claridad en la norma la interpretación que del artículo 1258 del Código Civil mantenían la doctrina y jurisprudencia más avanzada»

telegramas, télex, fax u otros medios de comunicación electrónica que permitan tener constancia del acuerdo, considerándose cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo».

En la primera de las normas se exige la constancia expresa del acuerdo por diferentes medios entre los que incluye cualquier forma admitida legalmente; parece que el Real Decreto interpreta que las formas legalmente admitidas en derecho se refiere a los medios de prueba legalmente reconocidos sin incluir la interpretación del contrato que también resulta un medio reconocido a tenor del Código Civil.

Creemos que ésta es la parte más débil de la regulación en materia de consumo: debió señalarse que del contrato debía resultar y no manifestarse expresamente la voluntad de sometimiento al arbitraje por las evidentes ventajas que éste reporta. De la norma transcrita debe colegirse que el acuerdo debe resultar expresamente por lo que no puede reclamarse por una mera interpretación deductiva del texto contractual.

En conclusión, si el acuerdo no consta expresamente no podrá tenerse por puesto por lo que su manifestación expresa es un requisito *ad solemnitatem* para que tenga lugar el arbitraje de consumo.

CONCLUSIONES

Respondemos aquí, a modo de colofón, las dos preguntas que nos planteábamos al principio del trabajo:

1. ¿Es necesaria o simplemente conveniente la constancia de una cláusula de arbitraje que regule la resolución de potenciales conflictos en el caso de consumidores? Evidentemente no es necesaria: en caso de no existir se procederá a la resolución judicial del conflicto; pero es conveniente a los efectos de una pronta y adecuada respuesta del conflicto surgido atendiendo al hecho de la natural aversión de un consumidor ordinario por acceder al sistema judicial para resolver un conflicto de consumo y la normalmente escasa cuantía de estos conflictos.
2. ¿Qué contenido mínimo debe tener la cláusula de arbitraje de consumo para su validez? Deberá resultar la voluntad de las partes de someter el/los conflicto/s al arbitraje. Con esta simple declaración será suficiente para que la normativa de arbitraje en materia de consumo se ponga en marcha y despliegue todos sus efectos.

La legislación tiende a facilitar el arbitraje en general y el de consumo en particular. El arbitraje es rápido y ágil en la resolución; es certero por cuanto

que los árbitros son, generalmente, personas versadas en la materia concreta que se está discutiendo; es no formalista más que antiformalista lo que aumenta la agilidad y sencillez del procedimiento; es efectivo puesto que las partes no tienen que dilatar en el tiempo la seguridad de la solución; es seguro en tanto que la ley vela por la imparcialidad de los árbitros en sentido general y los determina en sentido particular para el caso de consumo.

Pero el arbitraje sufre una desconsideración notable en el tráfico diario: las partes prefieren acudir a juicio antes que al arbitraje. ¿Por qué? No es fácil dar respuesta. Quizá en el español medio siga existiendo un prurito de inseguridad en relación con el arbitraje y con lo árbitros —sujetos éstos, en definitiva, no investidos de la *auctoritas* pública de un juez— que le lleva a preferir el juicio aunque ello incida directa y objetivamente en contra de sus propios intereses adoptando en definitiva una medida irracional desde el punto de vista económico.

Bien es cierto que se ha producido una evolución social de la percepción que el ciudadano medio tiene del arbitraje especialmente en materia de consumo. Sin embargo, otros ámbitos tan importantes para la economía nacional como los arrendamientos de vivienda no se solucionan por vía del arbitraje siendo este medio extraño por no decir anecdótico (75). Interesante resulta que se llegue a la conclusión de que existe una relación directamente proporcional entre el aumento del parque de viviendas en arrendamiento y la resolución de conflictos de arrendamiento por la vía del arbitraje de suerte que «las empresas que utilizan este régimen [el de resolución de conflictos por arbitraje] alquilan entre un 20 y un 35 por 100 más de inmuebles. «La aplicación del arbitraje se traduce en un incremento del parque de viviendas en alquiler», afirma Javier Íscar, secretario general de la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (Aeade), quien considera que el propietario gana confianza» (76) y, podemos añadir, el Sistema, el Mercado y el arrendatario.

En materia de consumo fue un paso innovador la adopción del sistema de arbitraje como forma de resolución de conflictos; otro paso más fue el uso de este medio por los consumidores para reclamar cuantías menores (77); un paso más será aquél en el que el legislador exija la resolución del conflicto mediante arbitraje excluyendo la posibilidad de acudir a la vía judicial.

No desconocemos las dificultades a que este tercer paso puede dar lugar, especialmente desde el punto de vista constitucional. Si entendemos que la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE implica la intervención exclusiva-

(75) Vid. <http://www.20minutos.es/noticia/133668/0/alternativa/jueces/multiplicado/>

(76) Vid. <http://www.20minutos.es/noticia/133668/0/alternativa/jueces/multiplicado/>

(77) En este mismo sentido, LARA GONZÁLEZ, «Arbitraje de consumo. Pasado, presente y futuro», en *Legal Today*, http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/consumidores_y_usuarios/arbitraje-de-consumo-pasado-presente-y-futuro (fecha de la consulta: 12-11-2009).

mente de un Juez dejaremos las puertas abiertas al fracaso del sistema arbitral; si entendemos que los ciudadanos tienen derecho a la resolución justa de los conflictos de los que formen parte, el arbitraje tendrá una salida.

En cuanto a la aplicación práctica del arbitraje de consumo señala la Memoria del Sistema Arbitral de Consumo del año 2007 que «el Instituto Nacional del Consumo, en plena coincidencia con las autoridades competentes en materia de consumo, autonómicas y locales, siempre ha considerado que la protección eficaz del consumidor pasa inexorablemente porque este (*sic*) disponga de medios eficaces para resolver sus reclamaciones, sin necesidad del recurso a los tribunales» (78).

Las mejoras del sistema de arbitraje tienen por fin que éstas «redunde[n] en una mayor aceptación del sistema por los empresarios y profesionales» (79). De ello parece resultar que los mayores opositores al sistema de arbitraje de consumo son principalmente los prestadores de servicios. Como veremos más abajo no podemos compartir los miedos *a priori* de los empresarios respecto de este sistema.

El arbitraje no es un tema de calidad sino de garantía para las dos partes contractuales. Por ello no puede ser apreciado como un sistema de los consumidores sino de todos los agentes económicos. Bien es cierto que cualquier sistema que iguale a las partes beneficia siempre a quien parte de un punto más lejano; pero el sistema iguala, no desiguala. Quizá por ser el consumidor el más beneficiado con el sistema por lo que el prestador de servicios se opone.

Los opositores al sistema provienen necesariamente de la parte más fuerte de la relación jurídica: no puede ser de otra manera; la oposición de los más débiles no es una decisión racional sino precisamente lo contrario; solo el que desea evitar una resolución del conflicto pone su esperanza en un sistema alambicado y que disuada a la otra parte contractual.

El consumidor huye del sistema judicial por su complicación incluso en el caso del juicio verbal regulado en el artículo 250 LEC; y a esto debe añadirse que el importe de muchas de las reclamaciones es mínimo, por lo que el consumidor se ve doblemente persuadido de iniciar acción alguna contra el prestador de servicios. Únicamente se acercará en el caso de que perciba que la injusticia que ha sufrido es manifiesta e irrefutable y el importe sea considerable; únicamente se acercará en el caso de que el coste de acercarse a un Tribunal sea inferior al precio que espera conseguir o a la desazón que el incumplimiento de la otra parte contractual le haya podido producir; solo se acercará si el coste marginal de la reclamación así lo justifica; fuera quedan los casos intermedios, aquellos en los que el consumidor tendría se-

(78) <http://arbitrajedeconsumo.msc.es/>, Memoria 2007, pág. 5 (fecha de la consulta: 11-11-2009).

(79) <http://arbitrajedeconsumo.msc.es/>, Memoria 2007, pág. 5 (fecha de la consulta: 11-11-2009).

guramente derecho a una indemnización por incumplimiento parcial del contrato y aquellos cuyo importe fuera ínfimo: pero todos ellos suponen una vulneración de los derechos del consumidor y todos estos deben ser tratados con justicia.

Existe un error de acepción del arbitraje en materia de consumidores por los poderes públicos; en tal sentido, la misma memoria caracteriza la adhesión al sistema arbitral de consumo por parte de los prestadores de servicios «[mediante] el uso del distintivo de adhesión como un elemento adicional de calidad que empresas y profesionales ofrecen a los consumidores y usuarios» (80): no son los empresarios sino la Ley la que debe ofrecer seguridad en las transacciones; no se trata de perseguir la calidad (que también) del comercio o del servicio sino de proteger un interés jurídico y económico mucho más elevado y útil para la sociedad: los derechos de la parte más débil que de hecho mueve la economía con su consumo.

La protección de las partes contractuales genera un mercado más seguro, más previsible, lo que conlleva a aumentar el número de operaciones realizadas y a disminuir la sensación de fraude y desprotección; ídem del anterior para el caso de la simetría (o asimetría) informativa. Es el Estado el primer interesado en proteger el comercio siquiera por una razón egoísta: porque es éste quien exaccionará los impuestos por razón de las manifestaciones de riqueza realizadas en el mercado por prestadores de servicios y consumidores. Y el Estado no puede estar interesado en proteger a los consumidores y usuarios sobre los prestadores de servicios si no es por una causa objetiva y esta causa objetiva es su natural asimetría informativa y la debilidad económica y jurídica que sufre el consumidor respecto del prestador de servicios.

De la *asimetría informativa* se ocupa el Estado exigiendo en materia de consumo una calidad y cantidad de información determinada que el prestador deberá facilitar al consumidor amén de los derechos de desistimiento y de un plazo mínimo para conocer de las condiciones contenidas en el contrato. La forma por excelencia de la simetría —por oposición a la *asimetría*— informativa jurídica en materia inmobiliaria es el Registro de la Propiedad (81); pero no puede aplicarse el mismo sistema para los actos realizados por consumidores; la asimetría informativa, jurídica y de protección en materia de consumo es una realidad y perjudica únicamente al consumidor; tal desigualdad debe ser eliminada por el Estado mediante recursos adaptables a la naturaleza mobiliaria del consumidor y que en todo caso sean justos: justos con el consumidor y con el prestador de servicios lo que supone que en ningún

(80) <http://arbitrajedeconsumo.msc.es/>, Memoria 2007, pág. 6 (fecha de la consulta: 11-11-2009).

(81) En cuanto al valor de la información registral y la protección del consumidor en materia inmobiliaria en Europa en general y en España en particular, vid. CABELLO DE LOS COBOS, *La protección inmobiliaria del consumidor...*

caso podrá establecerse por ley —ni por la voluntad de las partes, añadimos— una corte arbitral «amiga» de los consumidores o de los prestadores de servicios.

En definitiva, el sistema debe facilitar al consumidor que pueda acudir a órganos cercanos e informales de resolución de los conflictos que pudiera tener con el prestador de servicios; de acuerdo con el informe citado tal desigualdad en perjuicio de los prestadores de servicios no se ha producido.

En otro orden de cosas y sin prejuzgar el enorme esfuerzo que está realizando el Instituto Nacional de Consumo, lo cierto es que la cifra de solicitudes de arbitraje en el año 2007 es ínfima: 61 759. ¿Cuántas son las operaciones realizadas por los consumidores en un solo año? Teniendo en cuenta que la población española es aproximadamente de 43 038 035 de personas (82) y que cada una de ellas hubiera realizado un solo acto de consumo, de cada 696,87 españoles (entendiendo por tales a las personas que residen permanente o coyunturalmente en España) solo uno/a ha realizado una reclamación de consumo en el año citado.

Y pese a lo reducido del dato el propio Instituto de Nacional de Consumo afirma que con la mitad de solicitudes producidas en el año dos mil tres (33 236) (83), «esta subida [hace referencia a la subida respecto del año anterior] saturó la estructura del sistema y afectó a los años siguientes, en los que fue preciso realizar un esfuerzo especial para la resolución de las solicitudes acumuladas» (84). A esto precisamente nos referimos cuando sostenemos que a las leyes para que sean justas debe seguirse su aplicación práctica. Las leyes son tales no porque queden recogidas en un Código sino porque resulta inexorable su aplicación: son preferibles penas más suaves efectivamente aplicadas que penas más duras que ni siquiera llegan a aplicarse tal y como manifestó BECCARÍA en su archifamosa obra *De los delitos y las penas*.

El sistema de arbitraje con su flexibilidad produce numerosos efectos positivos que ya hemos visto. Nos centraremos en dos: disuade de conflictos y da seguridad al mercado. El carácter disuasorio del arbitraje implica que resulta más rentable no tener juicios que ganarlos; ello produce directamente otro efecto: la mejoría en la calidad de las prestaciones de las partes y, por ende, la disminución del número de reclamaciones, lo que supone una disminución directa de la carga de trabajo de las cortes arbitrales lo que implica una disminución de los costes de funcionamiento del mercado lo que, a su vez, produce necesariamente una disminución de los costes de los productos intercambiados en el mercado, función ésta básica de la economía política. La seguridad del mercado se logra mediante la advertencia a prestadores

(82) <http://www.ine.es/jaxiBD/tabla.do> (fecha de la consulta: 11-11-2009).

(83) <http://arbitrajedeconsumo.msc.es/>, Memoria 2007, pág. 10 (fecha de la consulta: 11-11-2009).

(84) *Ibíd.*, pág. 10 (fecha de la consulta: 11-11-2009).

de servicios y consumidores de que cualquier actuación anómala en el mercado tendrá rápida y efectiva respuesta, es decir, no quedará impune y tendrá un coste efectivo para el actor irregular; por otra parte, la seguridad implica necesariamente una disminución de los costes de las operaciones y, por tanto, de los productos consumidos, lo que es, nuevamente, objetivo de la economía política.

En cualquiera de los dos efectos se llega a un mayor volumen de operaciones precisamente de aquéllas que quedan fuera del mercado por no realizarse en virtud de la inseguridad. El aumento de operaciones supondrá el aumento del volumen neto exaccionado por el Estado por la vía de los impuestos.

Se trata, en definitiva, de un juego de suma positiva (85) por el que todos ganan: los prestadores de servicios que se protegen de reclamaciones sin base de los consumidores y verán su reputación asegurada respecto de quejas infundadas; los consumidores que sabrán que en caso de incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso cualquiera que sea el importe podrán ver defendidos sus derechos; y, por último, el Estado que obtendrá mayores ingresos.

Que el Sistema de Arbitraje es eficaz en el sentido de que resuelve los conflictos de acuerdo con los criterios de imparcialidad resulta del propio estudio indicado (86). Centrémonos en el sentido de los laudos para analizar su carácter no perjudicial para los prestadores de servicios: si bien el informe citado señala que el 57,5 por 100 de los laudos se resolvieron a favor del consumidor, no es menos cierto que un 32,8 por 100 se resolvieron a favor del prestador de servicios y que el resto (9,7 por 100) se resolvieron por conciliación o común acuerdo de las partes (87). Estos últimos —los acuerdos por conciliación— obtuvieron el acuerdo unánime de los miembros del colegio arbitral (84,6 por 100), un pequeño porcentaje se resolvió por mayoría, y otro, todavía menor, casi inapreciable (0,02 por 100), necesitó el voto dirimente del presidente por empate entre los otros dos miembros colegiados (88).

En cuanto a la celeridad del sistema, este aspecto se resuelve con sobresaliente. Así, señala el informe que «Según los datos de 2007, el 90 por 100 de los laudos se dictan transcurridos menos de tres meses desde la designación del colegio arbitral, lo que viene a confirmar una de las características

(85) En los juegos de suma positiva, algunos desenlaces tienen resultados netos mayores o menores que cero; es decir: la ganancia de un jugador no necesariamente se corresponde con la pérdida de otro. En los juegos de suma cero el beneficio total para todos los jugadores del juego, en cada combinación de estrategias, siempre suma cero; esto significa que cada jugador gana lo que pierde el resto.

(86) <http://arbitrajedeconsumo.msc.es/>, Memoria 2007, pág. 11 (fecha de la consulta: 11-11-2009).

(87) *Ibíd.*, pág. 23 (fecha de la consulta: 11-11-2009).

(88) *Ibíd.*, pág. 24 (fecha de la consulta: 11-11-2009).

que más se esperan del Sistema Arbitral de Consumo, la rapidez en la resolución de los conflictos» (89).

¿Cuál ha sido el grado de sometimiento de los prestadores de servicios a este tipo de arbitrajes? Lo responde el propio informe: «Al final del año 2007 el total de empresas y profesionales que habían hecho una oferta pública de sometimiento (OPS) al Sistema Arbitral de Consumo, es decir, que se habían adherido voluntariamente al mismo, era de 141 410, la mayoría a Juntas de ámbito autonómico (el 62,5 por 100). Durante este período el número de empresas que se adhirieron fue de 8 338, mientras que 2 186 denunciaron la OPS, con lo que retiraron su adhesión voluntaria al arbitraje de consumo» (90). Para poder criticar estos datos adecuadamente diremos lo siguiente: solo en España hay 100 000 bares y restaurantes, por lo que la cifra de 140 000 es ciertamente escasa; si tomamos por base que cada bar o restaurante sirve diariamente diez consumiciones, resultan un total de 3 650 consumiciones anuales multiplicadas por cien mil bares o restaurantes resultan un total de 365 000 000 de consumiciones. Simplemente con que un 0,1 por 100 de las consumiciones dieran lugar a reclamaciones, estaríamos ante 365 000 reclamaciones, lo que dista notablemente de las 61 759 reclamaciones planteadas: Y tal cálculo se hace únicamente respecto del ámbito de la restauración y con una previsión de consumiciones muy inferior a la que razonablemente se puede considerar como real.

Señala LARA GONZÁLEZ que «de poco sirve que las distintas administraciones públicas con competencia en la materia hayan procedido a establecer y financiar Juntas Arbitrales de Consumo en aras a que los consumidores y usuarios cuenten con un procedimiento específico donde puedan defender sus derechos legalmente reconocidos, si el sistema arbitral de consumo no cuenta con la confianza de los empresarios. Cabe señalar sin temor no solo a no equivocarse sino a no exagerar que si bien el establecimiento del sistema arbitral de consumo tuvo como actores principales a la administración pública y a los consumidores y usuarios, el éxito del mismo no se consigue sin la participación estelar de los empresarios» (91). Analizados los datos no puede resultar miedo alguno de los prestadores de servicios respecto del Sistema Arbitral por su celeridad o por su imparcialidad. Los árbitros son ecuanímes y con ecuanimidad dictan sus resoluciones; los arbitrajes son rápidos y con celeridad dictan sus decisiones. Podría pensarse que las pérdidas de los prestadores de servicios sí son reparables por ser la parte fuerte de la contratación mientras que las de los consumidores no lo son; nosotros hemos defendido una posición ecuaníme: hay que defender al injustamente agredido que puede ser tanto el prestador de servicios como el consumidor. Pero, en todo caso,

(89) *Ibíd.*, pág. 24 (fecha de la consulta: 11-11-2009).

(90) *Ibíd.*, págs. 25-26 (fecha de la consulta: 11-11-2009).

(91) «Arbitraje de consumo...» (fecha de la consulta: 12-11-2009).

debe repararse prontamente el perjuicio causado a través de un sistema ágil de resolución de conflictos (92).

El sistema ha demostrado su utilidad y su eficiencia, su celeridad e imparcialidad, su baratura práctica y sencillez, su adecuación y su justicia. En consecuencia: 1) deben invertirse más recursos económicos en el arbitraje; 2) debe, en definitiva, apoyarse el Estado en sus diferentes cuerpos jurídicos existentes con la forma que legalmente proceda con el fin de destinar más recursos humanos en tal sentido y, por último, 3) debe obligarse a los prestadores de servicios a sumarse a él sin perjuicio de los conflictos que esta medida pueda crear de acuerdo con lo ya analizado.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAM SMITH: *La riqueza de las naciones*, Alianza Editorial, El libro de bolsillo, Economía, Madrid, 2008.
- ALBALADEJO GARCÍA: *Si puede anularse el laudo de Derecho por infracción de normas y el de equidad por ser inequitativo*, Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, Madrid, 2009.
- ALBIEZ DOHRMANN: «El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral», en *RCDI*, núm. 618, 1993, págs. 1421-1486.
- ALCALÁ-GALIANO y ALCALÁ-GALIANO: «Sobre la Economía Política», en *Actas y Memorias de la Real Sociedad Económica de los Amigos del País de la Provincia de Segovia*, Tomo I, Segovia, Espinosa, 1785.
- ARRUÑADA: *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid, 2004.
- BALLUGERA GÓMEZ: *El contrato-no contrato*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006.
- BENDITO CAÑIZARES: «La impugnación judicial de las condiciones generales de la contratación», en *RCDI*, núm. 657, 2000, págs. 403-480.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Rodrigo): *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coord.), Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.
- BLANCO CARRASCO: *El contrato de corretaje*, Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008.

(92) Vid. ALCALÁ-GALIANO y ALCALÁ-GALIANO, «Sobre la economía política», en *Actas y Memorias de la Real Sociedad Económica de los Amigos del País de la Provincia de Segovia*, Tomo I, Segovia, Espinosa, 1785, pág. 256. Este autor dice que: «La experiencia y la razón demuestran que las pérdidas de los poderosos no son irreparables, y que al contrario, una vez arruinados los pobres, con dificultad llegan a restablecerse. Además en cualquier Estado el número de los segundos es sin comparación mayor que el de los primeros, y consiguientemente merecen mayor atención y miramiento», y ROSSEAU, *Discurso sobre la economía política*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 48.

- CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA: *La protección inmobiliaria del consumidor en la Comunidad Europea*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994.
- *La Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998.
- «Derecho comunitario y protección de los consumidores», en *RCDI*, núm. 620, 1994, págs. 201-214.
- «Condiciones generales en la contratación financiera», en *RCDI*, núm. 651, 1999, págs. 389-440.
- DÍAZ FRAILE: «La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993», en *RCDI*, núm. 622, 1994, págs. 1023-1036.
- «La trasposición en el Derecho español de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Aplicación registral», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 10, 2.^a época, 1995.
- DÍEZ CLAVERO: «Tendencias del Derecho hacia el arbitraje institucional mercantil», en *RCDI*, núm. 627, 1995, págs. 545-560.
- DOMÍNGUEZ LUELMO: «Contratación electrónica y protección de consumidores: régimen jurídico», en *RCDI*, núm. 660, 2000, págs. 2327-2388.
- FERNÁNDEZ DEL POZO: «Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral», en *RCDI*, núm. 612, 1992, págs. 2033-2054.
- FERNÁNDEZ ROZAS: «Luces y sombras del arbitraje administrado», en *Legal Today*, <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/arbitraje/luces-y-sombras-del-arbitraje-administrado> (fecha de la consulta: 19-11-2009).
- GARCÍA GARCÍA: «La función registral calificadora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los autos del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña», en *RCDI*, núm. 610, 1992, págs. 1313-1358.
- GÓMEZ GÁLLIGO: «La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación», en *RCDI*, núm. 648, 1998, págs. 1587-1622.
- GÓMEZ POMAR: «La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2003.
- LAMONEDA, FRANCISCO: «El procedimiento arbitral de consumo: un novedoso instrumento eficaz», en *Legal Today*, <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/arbitraje/el-sistema-arbitral-de-consumo-un-instrumento-eficaz-para-el-abogado-y-el-cliente> (fecha de la consulta: 19-11-2009).
- LARA GONZÁLEZ: «Arbitraje de consumo. Pasado, presente y futuro», en *Legal Today*, http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/consumidores_y_usuarios/arbitraje-de-consumo-pasado-presente-y-futuro (fecha de la consulta: 12-11-2009).
- «Completa entrada en vigor del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo», en *Legal Today*, http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/consumidores_y_usuarios/completa-entrada-en-vigor-del-rd-2312008-de-15-de-febrero-por-el-que-se-regula-el-sistema-arbitral-de-consumo (fecha de la consulta: 19-11-2009).
- LASARTE ÁLVAREZ: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid, 2003.

- MÉNDEZ GONZÁLEZ: *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ y Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN (dirs.): *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2000.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ: *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2008.
- RAMÓN CHORNET: «Las condiciones generales de la contratación: El nuevo Registro especial de condiciones generales de la contratación. Las condiciones generales de la contratación y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 661, 2000, págs. 2625-2690.
- REYES LÓPEZ: «El Derecho Comunitario y el proyecto de reformar la normativa reguladora de los derechos de los consumidores y usuarios», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 263, 2006, págs. 37-45.
- RIVERO GONZÁLEZ: «El comercio electrónico con consumidores en la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico», en *Revista de Gestión Pública y Privada*, núm. 8, 2003, págs. 221-252.
- ROSSEAU: *Discurso sobre la Economía Política*, Tecnos, Madrid, 1985.
- RODRÍGUEZ, Carlos E.: «Salvemos la justicia (II)», en *El Notario del Siglo XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid, julio-agosto de 2008, núm. 20, págs. 26-31.
- TORRALBA SORIANO: «Eficacia del contrato preliminar de arbitraje», en *RCDI*, núm. 453, 1966, págs. 309-360.
- TORRES LANA: *La protección del turista como consumidor*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2003.

RESUMEN

ARBITRAJE. CONSUMIDORES ARBITRAJES Y REGISTRADORES

El autor analiza la cláusula arbitral de consumo y la posición de desigualdad en la que queda el adherente y consumidor respecto del predisponente y prestador de servicios. De ello deduce el escaso contenido «contractual» de los negocios con intervención de adherentes y consumidores y la necesaria intervención del ordenamiento jurídico para equilibrar las posiciones jurídicas. En segundo lugar, estudia la cláusula arbitral de consumo desde un punto eminentemente práctico, incidiendo en la necesidad de potenciar el arbitraje en materia, especialmente, de consumo desde un punto de vista jurídico y de los

ABSTRACT

ARBITRATION. CONSUMERS ARBITRATION AND REGISTRARS

The author looks at the standard clause on arbitration by consumer affairs institutions and the unequal position in which the clause places the consumer subscribing to the agreement with respect to the service renderer, who holds the superior bargaining position. From this the author deduces that standard transactions to which consumers merely subscribe have little «contractual» content and that legislation needs to intervene to balance out the legal positions of the parties. Secondly, the author studies the standard clause on arbitration by consumer affairs institutions from an eminently practical standpoint, emphasizing

medios materiales dispuestos para ello. En esta línea incide en la necesidad de encomendar a diferentes Cuerpos (jurídicos) del Estado esta tarea en la medida adecuada.

zing the need to boost arbitration especially in consumer affairs from a legal point of view and the need to make increased physical means available for consumer arbitration. The author underscores the need to entrust an appropriate share of this task to different national legal authorities.

(Trabajo recibido el 28-05-2010 y aceptado para su publicación el 19-11-2010)