

ARBITRAJE OBLIGATORIO DE CONSUMO EN EL SECTOR BANCARIO: UNA NECESIDAD

SANTIAGO IGLESIAS ESCUDERO

*Técnico de Auditoría e Inspección Externa del Banco de España*¹

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, don Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, don Pedro GONZÁLEZ TREVIJANO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ, don Jaime RODRÍGUEZ ARANA y don Juan José SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA.

Extracto:

A pesar de la escasa cultura arbitral en España, nuestro ordenamiento jurídico está inmerso en un imparable proceso evolutivo que se dirige hacia la consolidación de esta institución como alternativa a la vía judicial, destacando de una manera particular los esfuerzos del legislativo en relación al arbitraje de consumo. El reconocimiento generalizado de las ventajas del arbitraje y la existencia de un régimen especial desarrollado para dar cumplimiento al mandato constitucional de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, sus legítimos intereses económicos (art. 51 de la CE), hacen que el arbitraje en el ámbito del consumo empiece a contar con un cierto peso para la solución de conflictos.

No obstante, tanto nuestro ordenamiento como nuestra jurisprudencia exigen como condición de sometimiento al arbitraje la voluntad efectiva de las partes. Esta exigencia provoca cierta ineficacia en la institución, especialmente en el ámbito de consumo, puesto que hace que en la práctica los consumidores no siempre puedan beneficiarse de las ventajas del arbitraje, dada la negativa, bastante frecuente, del empresario a someterse a la decisión arbitral.

Intentamos justificar la necesidad de un arbitraje obligatorio de consumo en base a obligaciones constitucionales superiores de carácter colectivo, como son la de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, o la de lograr una mejor tutela judicial efectiva. Y concluimos que en el caso del sector bancario se da claramente ese interés constitucional de carácter colectivo y superior que pudiera salvar la necesidad de exigir la voluntad de las partes y, entendiendo la institución arbitral como fuente de tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos, creemos que sería viable imponer mediante ley alguna fórmula de arbitraje obligatorio en el sector bancario.

Dada la especialidad y dificultad que entraña la normativa bancaria, y que las entidades crediticias destacan a la hora de justificar el casi sistemático rechazo del arbitraje, creemos que una solución podría ser la de conceder competencias arbitrales a alguna institución especializada, como es el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, con una dilatada experiencia en el pronunciamiento ante conflictos en la materia y con la garantía institucional que le avala.

Palabras clave: arbitraje, arbitraje de consumo, consumo, contratos bancarios, defensa de los consumidores.

¹ Este artículo es responsabilidad exclusiva del autor y no refleja necesariamente la opinión del Banco de España.

COMPULSORY CONSUMER ARBITRATION IN THE BANKING SECTOR: A NECESSITY

SANTIAGO IGLESIAS ESCUDERO

Técnico de Auditoría e Inspección Externa del Banco de España

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, don Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, don Pedro GONZÁLEZ TREVIJANO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ, don Jaime RODRÍGUEZ ARANA y don Juan José SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA.

Abstract:

DESPITE the low arbitration culture in Spain, our legal system is immersed in an unstoppable evolutionary process towards the consolidation of this legal institution as an alternative to judicial actions. In particular, the efforts of the legislative body on consumer arbitration should be highlighted.

The benefits of arbitration are widely recognized. In addition, a special regime has been developed to comply with the constitutional mandate to guarantee the defense of consumers and users, protecting their legitimate economic interests using effective procedures (article 51 of the Constitution). Both of them, its benefits and the special regime, are making arbitration more significant to resolve conflicts within the scope of the consumer protection.

However, both Spanish regulations and case law require the explicit will of the parties as a condition of compliance with arbitration system. This causes a degree of inefficiency in the legal institution, especially in the area of consumer protection, because it makes that consumers often do not benefit from advantages of arbitration, owing to the fact that entrepreneurs frequently refuse to compliance with an arbitration decision.

We try to justify the need for compulsory consumer arbitration based on higher constitutional ends, such as to guarantee the defense of consumers and users, or to achieve a better effective judicial protection. In particular, we conclude that those constitutional top rights could overcome the will requirement in the banking sector. What is more, given that the arbitral institution represents an effective way to protect rights and legitimate interests, it would be feasible to state compulsory consumer arbitration in the banking sector.

According to credit institutions, they reject arbitration owing to the speciality and difficulty involved in banking regulations. Therefore, we believe that a solution could be to grant arbitral jurisdiction to a specialized institution, such as the Complaints Service of Bank of Spain, experienced in processing customer complaints about specific banking transactions.

Keywords: arbitration, banking contracts, consumer, consumer arbitration, consumer protection.

Sumario

1. El arbitraje de consumo como alternativa a la vía judicial.
 - 1.1. Del arbitraje en general. Una institución en constante evolución.
 - 1.2. Ventajas del arbitraje.
 - 1.3. El arbitraje de consumo.
2. ¿Es posible un arbitraje obligatorio de consumo?
 - 2.1. Exigencia constitucional de la protección efectiva de los consumidores.
 - 2.2. Requisito de voluntariedad en nuestra jurisprudencia.
 - 2.3. La defensa de los consumidores y usuarios: un interés colectivo.
3. Necesidad de una especial protección en el sector bancario.
4. Conclusión.
5. Bibliografía.

1. EL ARBITRAJE DE CONSUMO COMO ALTERNATIVA A LA VÍA JUDICIAL

En materia de arbitraje, nuestro ordenamiento jurídico está inmerso en un imparable proceso evolutivo que se dirige hacia la consolidación de esta institución como alternativa a la vía judicial, destacando de una manera particular los esfuerzos del legislativo en relación al arbitraje de consumo.

1.1. Del arbitraje en general. Una institución en constante evolución.

Con la promulgación de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje², que estuvo vigente hasta el 26 de marzo de 2004, fecha en la que entró en vigor la ley que actualmente regula la institución arbitral, Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje³, se comenzó a impulsar de una manera decidida esta figura, tratando de consolidarla como una eficaz alternativa a la vía judicial.

Si bien, como señala VERDERA Y TUELLS⁴, el arbitraje cuenta en España con una «antiquísima tradición documentada que se remonta al año 87 antes de Cristo y que se generaliza a partir de los Fueros del Derecho altomedieval y en las Partidas», se constata una escasa cultura arbitral en nuestro país, lo que se debe en buena parte a la Ley de Arbitraje de Derecho Privado, de 22 de diciembre de 1953, muy poco flexible y excesivamente formalista⁵. Como ya afirmaba la Exposición de Motivos de la Ley de 5 de diciembre de 1988, la sustitución del régimen jurídico del arbitraje de derecho privado vigente en aquel momento estaba siendo reclamada desde diversos sectores y corporaciones, pues la anterior Ley de 1953 estaba orientada a la solución de conflictos de derecho civil⁶ en el más

² BOE número 293, de 7 de diciembre de 1988.

³ BOE número 309, de 26 de diciembre de 2003.

⁴ VERDERA Y TUELLS, E. «Algunas consideraciones en torno al arbitraje comercial». En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (coordinado por Juan Luis IGLESIAS PRADA), vol. 1, págs. 447 a 488. Civitas. Madrid, 1996.

⁵ No obstante, se hace obligado señalar que se debe a esta Ley de 1953 la unificación de fueros y que es la primera que da a la institución del arbitraje un régimen autónomo.

⁶ En España ha sido tradición considerar que el fundamento del arbitraje se encontraba en un acuerdo de naturaleza contractual entre las partes interesadas en la resolución de una controversia, por lo que se ha tratado por los civilistas como un subtipo de otros contratos, a lo que ha contribuido el hecho de que la institución viniera regulada por el Código Civil, dentro de su Libro Cuarto, dedicado a las obligaciones y contratos, por los artículos 1.820 y 1.821, cuya insuficiencia dio lugar a la Ley de Arbitraje de Derecho Privado, de 22 de diciembre de 1953, que insistía en ese carácter contractualista.

estricto sentido de la palabra y se había demostrado que dicha ley no servía para solucionar controversias de tipo mercantil, deficiencia que se agravaba aún más si eran de carácter internacional.

Precisamente, en el plano internacional venía constatándose hacía años una enorme aceptación de la figura arbitral como mecanismo de resolución de conflictos, especialmente provocados por el comercio internacional. VERDERA Y TUELLS señala que «ocho o nueve de cada diez contratos internacionales contienen una cláusula compromisoria», demostrando la importancia del arbitraje en las operaciones comerciales internacionales, que permite superar muchos de los conflictos surgidos ante la inexistencia de jurisdicciones interestatales o supranacionales.

Así, con la intención de superar aquella situación de recelo ante el arbitraje, nuestro Estado comenzó en la década de los setenta a admitir las ventajas de esta figura en el ámbito internacional, con la ratificación de los tratados internacionales más importantes en la materia (el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional ⁷, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, y el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras ⁸, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958) y después, desde 1981, con una jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que fue ampliando progresivamente su ámbito interpretativo para darle mayor reconocimiento.

Como resultado, convivían en nuestro país dos ordenamientos arbitrales, uno interno, formalista y restrictivo, y otro internacional, basado en los citados convenios, más flexible y abierto, por lo que era necesario, aunque sólo fuera por razones de coherencia jurídica, una adaptación del ordenamiento interno a los principios básicos del arbitraje internacional.

Así, la Ley 36/1988, siguiendo la Recomendación 12/1986 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, referente a ciertas medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los tribunales ⁹, introdujo importantes avances al aproximar nuestro ordenamiento jurídico en la materia al de otros países de nuestro entorno e incorporar las principales directrices de los Convenios Internacionales. Como establece la Exposición de Motivos de la vigente ley, la Ley 36/1988 supuso un innegable avance «para la regulación y modernización del régimen de esta institución en nuestro ordenamiento jurídico. Durante su vigencia se ha producido una notable expansión del arbitraje en nuestro país; ha aumentado en gran medida el tipo y el número de relaciones jurídicas, sobre todo contractuales, para las que las partes pactan convenios arbitrales; se ha asentado el arbitraje institucional; se han consolidado prácticas uniformes, sobre todo en arbitrajes internacionales; se ha generado un cuerpo de doctrina estimable; y se ha normalizado la utilización de los procedimientos judiciales de apoyo y control del arbitraje».

Finalmente, esos artículos fueron dejados sin contenido por la disposición derogatoria de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, que también derogó la Ley de 22 de diciembre de 1953.

⁷ Ratificado el 22 de septiembre de 1975 (BOE núm. 238, de 4 de octubre).

⁸ Ratificado el 29 de abril de 1977 (BOE núm. 164, de 11 de julio).

⁹ El Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su Recomendación 12/1986, animaba a los Gobiernos a adoptar las disposiciones adecuadas para que «en los casos que se presten a ello, el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial».

A pesar de todos estos avances y con el objeto de corregir algunas imperfecciones y de incorporar las innovaciones introducidas por otras leyes, se ha redactado la nueva Ley 60/2003 siguiendo, a veces al pie de la letra, la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, «teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional».

1.2. Ventajas del arbitraje.

Como dice VERDERA Y TUELLS¹⁰, se han tratado de resaltar las ventajas del arbitraje destacando las deficiencias de la jurisdicción ordinaria, lo que ha llevado a creer a veces que esta alternativa a la vía judicial es más recomendable cuanto peor funcionen los tribunales de justicia. De cualquier modo, conviene matizar que si recordamos que el arbitraje demanda en numerosas ocasiones la asistencia de la administración de justicia ordinaria, requiriendo de la actuación de jueces y tribunales en situaciones como las de ejecución de laudos, impugnación o en materia de garantías del procedimiento, se puede afirmar que un buen funcionamiento de los tribunales de justicia facilitará la eficacia de esta institución. Además, como afirma HINOJOSA SEGOVIA¹¹, lo que verdaderamente importa es que ambos, el arbitraje y el proceso judicial, estén lo suficientemente mejorados como para que la elección de uno «no se haga por huir del otro», sino porque obedezca a su mayor idoneidad para resolver una dificultad en concreto.

Aun así, el arbitraje se presenta como una alternativa actualizada y eficaz a la solución jurisdiccional, cuyo éxito quizás tenga algo que ver con una justicia que, a pesar de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil¹², no acaba de salir de la crisis en la que está inmersa¹³. Una alternativa que ofrece numerosas ventajas, entre las que podemos destacar las siguientes¹⁴:

Rapidez.

Se hace obligado enfrentar la ventaja de la rapidez a la lentitud de la vía judicial, sujeta a exigencias de forma, mayores o menores, dependiendo del procedimiento. Lentitud que se ve agravada por la escasez de medios materiales y humanos en la administración de justicia. El arbitraje, en cambio, se muestra mucho más ágil y rápido, especialmente porque son las propias partes las que determinan el plazo de emisión del laudo.

¹⁰ VERDERA Y TUELLS, E., *op. cit.*, pág. 454.

¹¹ HINOJOSA SEGOVIA, R. «La nueva Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre): consideraciones generales». En «La nueva ley de arbitraje» (Coordinada por FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.). *Estudios de Derecho Judicial*, número 102. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006, pág. 363.

¹² BOE número 7, de 8 de enero de 2000.

¹³ HINOJOSA SEGOVIA, R., *op. cit.*, pág. 363.

¹⁴ CORDÓN MORENO, F. «El arbitraje de derecho privado: (estudio breve de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje)». *Cuadernos Civitas*. Cizur Menor (Navarra), 2005, págs. 18 y ss.

Economicidad.

Tanto como consecuencia de la mayor simplicidad de este instrumento, como por el carácter facultativo de la asistencia de abogado y de procurador, el arbitraje puede llegar a ser bastante más económico que el procedimiento judicial.

Especialización.

Frente al juez, que en numerosas ocasiones debe resolver litigios pertenecientes a muy variadas materias, el árbitro a menudo está especializado en un campo concreto, lo que facilita la solución de controversias más complejas con una agilidad difícilmente exigible a los tribunales de justicia.

Discreción.

Frente a la publicidad característica de los procedimientos judiciales, que puede resultar no deseable por las partes procesales, especialmente en situaciones de dificultad empresarial, el arbitraje no debe ser necesariamente conocido por terceros, máxime si tenemos en cuenta el deber legal de discreción de los árbitros ¹⁵.

No obstante, debemos señalar que en materia de consumo, el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, introdujo expresamente la publicidad de las resoluciones de la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo y del resto de las informaciones relevantes sobre el Sistema Arbitral con las finalidades de garantizar la transparencia en el funcionamiento del sistema y de reforzar la seguridad jurídica de las partes.

Confianza.

Puesto que por lo general son las partes las que determinan las personas que resolverán el conflicto, el arbitraje tiende a inspirar una mayor confianza a aquéllas.

Eficacia.

La mayor eficacia destaca principalmente en la fase de ejecución, frente a las negativas características de esta fase en la administración de justicia, a pesar de los logros derivados de la promulgación de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. En el arbitraje, la previa elección de común acuerdo de los árbitros y del procedimiento a seguir, hace que las partes acepten en mayor grado la resolución del conflicto, alcanzando una más alta proporción de ejecuciones voluntarias en el caso de laudos arbitrales que la registrada en relación a las sentencias judiciales.

¹⁵ Artículo 24.2 de la Ley 60/2003, de Arbitraje: «Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales».

Garantía.

Finalmente, aunque no compartimos plenamente esta ventaja, al entender que tan sólo sería predicable de ciertos casos aislados, creemos interesante anotar la opinión de CHILLÓN MEDINA ¹⁶, que entiende que el hecho de que las partes puedan determinar los árbitros de común acuerdo, puede traducirse en una mayor garantía, reduciendo el riesgo de prevaricación y de cohecho. En nuestra opinión, el hecho de que las partes determinen las personas que resolverán el conflicto redunda, en la mayoría de los casos, en la ventaja de la confianza, anteriormente señalada.

1.3. El arbitraje de consumo.

Precisamente como consecuencia de las ventajas enumeradas, admitidas en su mayoría pacíficamente por la generalidad de la doctrina, y gracias a la existencia de un régimen especial ¹⁷, podemos afirmar que, en España, el arbitraje en el ámbito del consumo empieza a contar con un cierto peso como alternativa a la vía judicial para la solución de conflictos ¹⁸.

En efecto, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, a la que nos venimos refiriendo es una ley con pretensión de generalidad, aplicable a los arbitrajes que no tengan una regulación especial y con carácter supletorio a los arbitrajes regulados por otras leyes ¹⁹ salvo, como dice la Exposición de Motivos, en lo que sus especialidades se opongan a lo previsto en aquella ley o salvo que alguna norma legal disponga expresamente su inaplicabilidad. En este sentido, afirma expresamente en su disposición adicional única que será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refiere la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

La Ley 26/1984, vigente hasta el 1 de diciembre de 2007 ²⁰, preveía el sistema arbitral de consumo en su artículo trigésimo primero, finalmente desarrollado mediante el Real Decreto 636/1993 ²¹, que atendía y resolvía, con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, únicamente las reclamaciones de los consumidores y usuarios frente a empresas y entidades que previamente se hubieran adherido y que figuran en las listas elaboradas al efecto por las Juntas Arbitrales de Consumo.

¹⁶ CHILLÓN MEDINA, J.M. y MERINO MERCHÁN, J.F. *Tratado de derecho arbitral*, 3.ª edición. Editorial Civitas. Madrid, 2006, pág. 39.

¹⁷ Desarrollado para dar cumplimiento al mandato constitucional de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, sus legítimos intereses económicos (art. 51 de la Constitución).

¹⁸ Otros ámbitos que también cuentan con un régimen especial de arbitraje y en los que esta institución ha alcanzado un cierto grado de aceptación son el arbitraje en materia de transporte y en materia de propiedad intelectual.

¹⁹ Artículo 1.º 3 de la Ley 60/2003, de Arbitraje: «Esta ley será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras Leyes».

²⁰ Vigente hasta el 1 de diciembre de 2007, fecha de entrada en vigor 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 (BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007).

²¹ El Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regulaba el Sistema Arbitral de Consumo (BOE núm. 121, de 21 de mayo de 1993) estuvo vigente hasta el 25 de agosto de 2008, fecha en que fue derogado tras la entrada en vigor del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2008).

Esta ley insistía en que el sometimiento de las partes al sistema arbitral debía constar expresamente por escrito y ser voluntario, cuestión esta última a la que nos referiremos de una manera especial en los siguientes epígrafes.

Asimismo, preveía que los órganos de arbitraje estarían integrados por representantes de los sectores integrados de las Organizaciones de Consumidores y Usuarios y de las Administraciones Públicas. Como afirma BONET NAVARRO ²², el papel de las Administraciones Públicas como refuerzo a la defensa de los consumidores y usuarios es una de las especialidades más destacables del arbitraje en materia de consumo.

Posteriormente, la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios ²³, instaba al Gobierno, en su disposición final sexta, para que en el plazo de un año, desde su entrada en vigor, dictara una nueva regulación del sistema arbitral de consumo. Así, se redactó 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 ²⁴, con el objeto de integrar en un único texto la Ley 26/1984 y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en la materia, recogiendo en los artículos 57 y 58 el régimen legal del arbitraje de consumo, que el propio texto define como un eficaz mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos.

Con el objeto de desarrollar reglamentariamente aquel mandato y de adecuar la regulación específica en materia arbitral de consumo a la Ley 60/2003, de Arbitraje, se redactó asimismo el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo ²⁵, que entró en vigor el 25 de agosto de 2008.

Este reglamento, aunque mantiene las características esenciales del arbitraje de consumo, introduce ciertas modificaciones con el objeto de mejorar la seguridad jurídica de las partes y de dar mayor homogeneidad al sistema, con la intención principal de lograr una más sólida confianza por parte de las empresas y de los consumidores. Por otra parte, mantiene el antiformalismo, garantiza los principios de audiencia, contradicción, igualdad de las partes y gratuidad, y se establecen de forma objetiva unos plazos de emisión de los laudos, asegurando que éstos se dicten sin una demora excesiva respecto de la fecha de solicitud. Debemos subrayar, finalmente, que en este texto se insiste nuevamente, en el carácter voluntario del arbitraje.

En definitiva, el sistema arbitral de consumo tiene como finalidad principal la de ofrecer y promover un instrumento sencillo, una simplificación del procedimiento general, para la resolución de conflictos en ese ámbito frente a un procedimiento judicial excesivamente formalizado, lento y cos-

²² QUINTANA CARLO, I. y BONET NAVARRO, A. *El sistema arbitral de consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1997, págs. 59 y ss.

²³ BOE número 312, de 30 de diciembre de 2006.

²⁴ BOE número 287, de 30 noviembre de 2007.

²⁵ BOE número 48, de 25 de febrero de 2008.

toso en relación a las cuantías objeto de las diferencias entre consumidores y usuarios y empresarios o profesionales ²⁶.

2. ¿ES POSIBLE UN ARBITRAJE OBLIGATORIO DE CONSUMO?

Partiendo del precepto constitucional que obliga a los poderes públicos a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios y aun considerando las exigencias de nuestro ordenamiento y de nuestra jurisprudencia en relación a la voluntad efectiva de las partes como condición de sometimiento al arbitraje, nos planteamos si cabe la posibilidad de justificar un arbitraje obligatorio de consumo en base a otras obligaciones constitucionales superiores de carácter colectivo.

2.1. Exigencia constitucional de la protección efectiva de los consumidores.

En materia de consumo, la Constitución Española exige en su artículo 51 ²⁷, cuando habla de «procedimientos eficaces», la implantación de medios que hagan posible una protección efectiva de los consumidores, puesto que de nada sirve una protección jurídica teórica fuerte de los derechos de los consumidores y usuarios si no se ofrecen los cauces adecuados para hacerlos efectivos ²⁸.

Y en este sentido, el desarrollo normativo de la institución del arbitraje de consumo ha desempeñado un papel fundamental, que no solamente permite facilitar esa protección efectiva de los consumidores, sino también el logro de una mejor tutela judicial efectiva, entendida en un sentido amplio, consagrada en el artículo 24 de la Constitución ²⁹. Como afirmaba la Exposición de Motivos de la Ley 36/1988, el convenio arbitral no implica una renuncia al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución, más aún, la facilita, y por ello regulaba un recurso de anulación del laudo, a fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajustaran a lo establecido en la ley.

Además, entendemos en la misma línea que lo hace la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, que la tutela judicial civil efectiva no obliga solamente al ofrecimiento de una plenitud de garantías

²⁶ ARIAS LOZANO, D. (coordinador). *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2005, pág. 460.

²⁷ Artículo 51.1 de la Constitución: «Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos».

²⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, J. (coordinador). *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Legislación*. 2.º tomo, pág. 1.485 y ss. Editorial Bosch. Barcelona, 2004.

²⁹ Artículo 24 de la Constitución: «1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.(...)».

procesales, sino también a dar una respuesta judicial más rápida, «más cercana en el tiempo a las demandas de tutela, y con mayor capacidad de transformación real de las cosas», por lo que esta tutela efectiva debe facilitar los medios necesarios para ofrecer, en caso de conflicto, soluciones más cercanas en el tiempo y una posibilidad de ejecución forzosa más económica y exitosa.

Pero a pesar del importante papel del arbitraje en este sentido, aún se observan notorias deficiencias en la materia, especialmente en el ámbito de consumo, puesto que la voluntariedad de las partes, exigida como veíamos repetidamente en nuestro ordenamiento jurídico ³⁰, hace en la práctica que no siempre los consumidores puedan beneficiarse de esos instrumentos, dada la negativa, bastante frecuente, del empresario a someterse a la decisión arbitral.

2.2. Requisito de voluntariedad en nuestra jurisprudencia.

El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, recoge en su artículo 58 ³¹ uno de los que tradicionalmente se han considerado en nuestro país característica y requisito fundamentales del sistema arbitral: el carácter voluntario de la sumisión de las partes al arbitraje.

Se ha entendido a menudo que la inexistencia de la voluntariedad de las partes supone una inconstitucionalidad al vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales que consagra el artículo 24 de la Constitución y el principio de exclusividad del Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional recogido en el artículo 117.3 ³² de la misma.

En este sentido, fue notoria la Sentencia del Tribunal Constitucional 174/1995, de 23 de noviembre ³³, que en respuesta a las cuestiones de inconstitucionalidad ³⁴ planteadas en relación con el párrafo primero del artículo 38.2 ³⁵ de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, por supuesta vulneración de la Constitución al imponer este precepto un arbitraje obligatorio para con-

³⁰ CORDÓN MORENO, F. *El arbitraje en derecho español: interno e internacional*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1995, págs. 27 y ss.

³¹ Artículo 58.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007. «La sumisión de las partes al Sistema Arbitral del Consumo será voluntaria y deberá constar expresamente, por escrito, por medios electrónicos o en cualquier otra forma admitida legalmente que permita tener constancia del acuerdo».

³² Artículo 117.3 de la Constitución: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan».

³³ CARAZO LIÉBANA, M.J. «Sobre la constitucionalidad del arbitraje obligatorio en materia de transporte. (Comentario a la STC de 23 de noviembre de 1995)». En *Revista de Derecho Mercantil*, número 222. Madrid, 1996, págs. 1.305 a 1.319.

³⁴ Cuestiones de inconstitucionalidad números 2112/1991 y 2368/1995 planteadas por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Burgos y por el Juzgado de Primera Instancia número 36 de Barcelona, respectivamente.

³⁵ El artículo 38.2 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres decía: «Siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas, las partes, someterán al arbitraje de las Juntas cualquier conflicto que surja en relación con el cumplimiento del contrato, salvo pacto expreso en contrario».

troversias de cuantía inferior a un determinado importe, excluyendo la vía judicial, salvo que las partes contratantes hicieran explícita su voluntad en distinto sentido.

Consideró el tribunal contrario a la Constitución que la ley no contara con la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje. La necesidad de tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella, al no poder eludirse el arbitraje más que mediante el acuerdo de ambas partes, atentaba contra el derecho a la tutela judicial efectiva ³⁶.

Por otra parte, estimó el tribunal el argumento del auto de planteamiento, que consideraba que el precepto cuestionado vulneraba asimismo el artículo 117.3 de la Constitución, al limitar la potestad jurisdiccional atribuida de forma exclusiva a los juzgados y tribunales.

La cuestión planteada ante el Tribunal Constitucional no hizo más que avivar la polémica sobre la validez o no, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, de un arbitraje impuesto mediante ley por razones de economía procesal.

El Abogado del Estado, apoyándose en una serie de pronunciamientos del Tribunal Constitucional (Sentencias 43/1988, 233/1988, 15/1989 y 62/1991 y Autos 382/1985, 954/1987 y 701/1988), consideraba que el precepto cuestionado era conforme a la Constitución, pues aquel Tribunal repetidamente había afirmado que la institución arbitral resultaba compatible con la Constitución al entender que los árbitros también prestaban tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos (y así lo confirmó la sentencia estudiada), ayudando con ello a «la finalidad constitucionalmente legítima de descargar a los Jueces y Tribunales de pequeños litigios y favorecer una más pronta resolución de los mismos» ³⁷. Llegados a este punto, es decir, entendiendo que el arbitraje ofrece tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos, entendía que la autonomía privada podría ser sustituida por una decisión del legislador basada en finalidades constitucionalmente legítimas.

La anterior declaración de inconstitucionalidad dio lugar a una modificación del precepto legal de la Ley 16/1987 objeto de la cuestión, de tal modo que con la nueva redacción ³⁸ se presume que existe acuerdo de sometimiento al arbitraje para determinados importes si ninguna de las partes intervinientes manifiesta expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento de la prestación del servicio. También en relación a esta nueva redacción se planteó una nueva cuestión de incons-

³⁶ El derecho a la tutela judicial efectiva fue definido por la Sentencia del Tribunal Constitucional número 197/1988 como «el poder jurídico que tienen los titulares de derechos e intereses legítimos de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la resolución de un conflicto».

³⁷ También el Fiscal General del Estado defendía la constitucionalidad del precepto en base a la necesidad de conseguir, mediante la descongestión del excesivo trabajo que afecta a los órganos judiciales, una mejor tutela al resolver las controversias de escasa cuantía de forma más ágil sin necesidad de acudir a la vía judicial.

³⁸ Artículo 38.1 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres: «(...) Se presumirá que existe el referido acuerdo de sometimiento al arbitraje de las juntas siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 6.000 euros y ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debiera haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado».

titucionalidad³⁹, desestimada por entender el tribunal la inexistencia de vulneración del artículo 24.1, al ser posible en esta ocasión evitar el arbitraje mediante la simple declaración unilateral de una de las partes, sin necesidad de prestar consentimiento la otra parte.

Pero lo que aquí nos interesa de esta segunda sentencia es que nuevamente el Tribunal Constitucional confirma «la plausible finalidad de fomentar el arbitraje como medio idóneo para, descargando a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa, obtener una mayor agilidad a la solución de las controversias de menor cuantía».

2.3. La defensa de los consumidores y usuarios: un interés colectivo.

No compartimos el argumento del Abogado del Estado en la cuestión de inconstitucionalidad que dio origen a la Sentencia 174/1995 cuando entendía que la autonomía privada podría ser sustituida por una decisión del legislador basada en finalidades constitucionalmente legítimas. Pero sí nos parece que el derecho a la tutela judicial efectiva, como el resto de derechos fundamentales, puede encontrar límites.

Si bien el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra situado entre aquellos que gozan de mayor grado de protección en nuestra Constitución (arts. 14 a 29) y en un Estado de Derecho, los derechos fundamentales, entre los que se sitúa éste, actúan incluso como límite del poder estatal y de su ejercicio⁴⁰, no se trata de un derecho de carácter absoluto, pudiendo llegar a ceder en ciertos casos.

Pero, como ha tenido oportunidad de afirmar el Tribunal Constitucional en su Sentencia número 11/1981, de 8 de abril de 1981, fundamento jurídico séptimo, ningún derecho, ni aun los de naturaleza o carácter constitucional, pueden considerarse como ilimitados. Así, la regla general en nuestro derecho constitucional es la de la limitabilidad de los derechos. Y en cuanto a los derechos fundamentales, el mismo tribunal, en su Sentencia número 2/1982, de 29 de enero, fundamento jurídico quinto, se refiere a ellos, afirmando que también frente a éstos operan ciertos límites, los cuales a veces vienen impuestos por la propia Constitución de una manera directa y, en otras ocasiones, «el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos».

Así, a pesar del rango que la Constitución parece querer dar a los derechos fundamentales en su artículo 10.1⁴¹, lo cierto es que el Tribunal Constitucional ha tendido en numerosas sentencias a

³⁹ Cuestión de inconstitucionalidad número 2096/1999, planteada por la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

⁴⁰ RODRÍGUEZ BEREJO, A.B. «Los derechos fundamentales: derechos subjetivos y derecho objetivo». *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 2. Madrid, 1996, pág. 1.410.

⁴¹ Artículo 10.1 de la Constitución: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

privar a éstos de su rango privilegiado en la cima de la pirámide normativa, reconociendo que «existen, ciertamente, fines sociales, que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismo valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución» (STC núm. 22/1984, de 17 de febrero, fund. jur. tercero).

En concreto, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 11/1981, de 8 de abril, en relación con la constitucionalidad del Real Decreto 17/1977 que configuraba el derecho a la huelga del artículo 28.2 de la Constitución, declaró constitucional «la facultad que se le reconoce al Gobierno de instituir un arbitraje obligatorio como vía de terminación de la huelga. No por ser obligatorio deja de ser verdadero arbitraje siempre que se garanticen las condiciones de imparcialidad del árbitro y es medio idóneo de solución posible en tan excepcionales casos como los que el precepto describe». Los argumentos se basaban en proteger intereses constitucionalmente reconocidos como evitar perjuicios a la economía nacional.

Entendemos, en este sentido, que el artículo 51.1 de la Constitución (que como veíamos en el primer apartado de este segundo epígrafe, exige la implantación de medios que hagan posible una protección efectiva de los consumidores, ofreciendo los cauces adecuados para hacerlos efectivos, como es el arbitraje) constituye precisamente uno de esos derechos colectivos que podría considerarse de rango superior a otro derecho individual, la tutela judicial efectiva, con una justificación social que se funda en valores constitucionalmente reconocidos.

3. NECESIDAD DE UNA ESPECIAL PROTECCIÓN EN EL SECTOR BANCARIO

Como plantea ESCALER BASCOMPTE⁴² al referirse a la Sentencia del Tribunal Constitucional número 11/1981, de 8 de abril, deberían abrirse a otros campos los arbitrajes obligatorios para evitar los menoscabos que supone el lento funcionamiento de la justicia estatal a la tutela efectiva. Y nosotros añadimos, especialmente en aquellos sectores en los que es cada vez más imperante la tutela de intereses constitucionalmente reconocidos como la protección de los consumidores o la de facilitar una fluidez en las transacciones crediticias que evite, en último término, perjuicios a la economía nacional.

El derecho bancario, en tanto que es un derecho inserto en el ámbito de consumo, cuenta tanto con una vertiente privada como con una vertiente de carácter público. Desde un enfoque público, nos parece fundamental el papel de las Administraciones Públicas en su responsabilidad de reforzar la defensa de los clientes bancarios.

⁴² ESCALER BASCOMPTE, R. «¿Hacia una desjudicialización obligatoria en sectores del ordenamiento plenamente disponibles? ¿Supone la STC 352/2006, de 14 de diciembre, un reconocimiento implícito de la posibilidad en cuanto al arbitraje?» En *Justicia: Revista de Derecho Procesal*. Número 1-2. Barcelona, 2007, pág. 165.

Aceptando la existencia de un interés constitucional de carácter colectivo y superior que pudiera salvar la necesidad, casi unánimemente aceptada por doctrina y jurisprudencia, de exigir la voluntad de las partes para el sometimiento al sistema arbitral, y entendiendo la institución arbitral como fuente de tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos, como el propio Tribunal Constitucional reconoce, creemos que sería viable imponer mediante ley alguna fórmula de arbitraje obligatorio en el sector bancario.

Quizás un argumento que podría avalar esta necesidad podría fundarse en el fracaso real de la institución objeto de estudio en un sector en el que frecuentemente las entidades de crédito, en base a la voluntariedad exigida actualmente por nuestro ordenamiento jurídico, rechazan el sometimiento a cualquier forma de arbitraje, aduciendo la especialidad y dificultad propia de la normativa bancaria. Creemos que se hace necesario retocar la fórmula del arbitraje de consumo en este sector para que no se convierta en ilusoria para los consumidores, la parte más débil en todo contrato de adhesión, la necesaria protección de los consumidores y el logro de una mejor tutela judicial efectiva, entendida en un sentido amplio.

En relación al problema de la especialidad y dificultad que entraña la normativa bancaria, y que las entidades destacan a la hora de justificar el casi sistemático rechazo del arbitraje, entendemos que una más que aceptable solución podría ser la de conceder competencias arbitrales a instituciones especializadas, como podría ser el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, con una dilatada experiencia en el pronunciamiento ante conflictos en la materia y con la garantía institucional que le avala.

Proponemos de este modo, sin querer extendernos más en estos aspectos, un arbitraje obligatorio en el ámbito bancario, institucional⁴³, conforme a derecho o a equidad (aunque nos inclinamos por el primero), administrativizado y gratuito, circunscrito al cumplimiento de contratos bancarios.

4. CONCLUSIÓN

Tras un imparable proceso evolutivo del arbitraje en general y del arbitraje de consumo en particular, esta institución se muestra como una fuerte alternativa a la vía judicial, aunque no sin enfrentarse aún a ciertas inercias heredadas del pasado. No obstante, la necesidad insalvable de implantar los medios que hagan posible una protección efectiva de los consumidores puede justificar un arbitraje obligatorio de consumo en base a ciertas obligaciones constitucionales superiores de carácter colectivo. Aceptado este razonamiento para cualquier ámbito relacionado con la protección de los consumidores y usuarios, entendemos, por las particularidades del sector y por la existencia de las instituciones adecuadas, que sería recomendable y fácilmente viable imponer mediante ley una fórmula de arbitraje obligatorio de consumo en el ámbito bancario.

⁴³ MULLERAT BALMAÑA, R.M. «Ventajas e inconvenientes del arbitraje institucional». En *Anuario de Justicia Alternativa*. Número 7, págs. 233-239. Barcelona, 2006.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS LOZANO, D. (coordinador). *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2005.
- CARAZO LIÉBANA, M.J. «Sobre la constitucionalidad del arbitraje obligatorio en materia de transporte. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1995)». En *Revista de Derecho Mercantil*, número 222. Madrid, 1996.
- CORDÓN MORENO, F. «El arbitraje de derecho privado: (estudio breve de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje)». *Cuadernos Civitas*. Cizur Menor (Navarra), 2005.
- *El arbitraje en derecho español: interno e internacional*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1995.
- CHILLÓN MEDINA, J.M. y MERINO MERCHÁN, J.F. *Tratado de derecho arbitral*, 3.^a edición. Editorial Civitas. Madrid, 2006.
- ESCALER BASCOMPTE, R. «¿Hacia una desjudicialización obligatoria en sectores del ordenamiento plenamente disponibles? ¿Supone la STC 352/2006, de 14 de diciembre, un reconocimiento implícito de la posibilidad en cuanto al arbitraje?» En *Justicia: Revista de Derecho Procesal*. Números 1-2, págs. 161-179. Barcelona, 2007.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (coordinador). «La nueva ley de arbitraje». *Estudios de Derecho Judicial*, número 102. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006.
- FLORENSA I TOMÁS, C.E. (coordinador). «El arbitraje de consumo: una nueva dimensión del arbitraje de derecho privado». *Tirant Monografías*, número 327. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. (coordinador). *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Legislación*. 2 tomos. Editorial Bosch. Barcelona, 2004.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J. «El arbitraje de consumo como instrumento de calidad al servicio del consumidor y del empresario». En *El arbitraje de consumo: una nueva dimensión del arbitraje de derecho privado*. FLORENSA I TOMÁS, C.E. (coordinador). *Tirant Monografías*, número 327. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.
- MULLERAT BALMAÑA, R.M. «Ventajas e inconvenientes del arbitraje institucional». En *Anuario de Justicia Alternativa*. Número 7, págs. 233-239. Barcelona, 2006.
- QUINTANA CARLO, I. y BONET NAVARRO, A. *El sistema arbitral de consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1997.
- RODRÍGUEZ BEREJO, A. B. «Los derechos fundamentales: derechos subjetivos y derecho objetivo». *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 2. Madrid, 1996.
- SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de Derecho Mercantil*, 30.^a edición. Editorial Aranzadi, Madrid, 2007.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. *La democracia constitucional española*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1997.
- VERDERA Y TUELLS, E. «Algunas consideraciones en torno al arbitraje comercial». En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (coordinado por Juan Luis IGLESIAS PRADA), vol. 1, págs. 447-488. Civitas. Madrid, 1996.