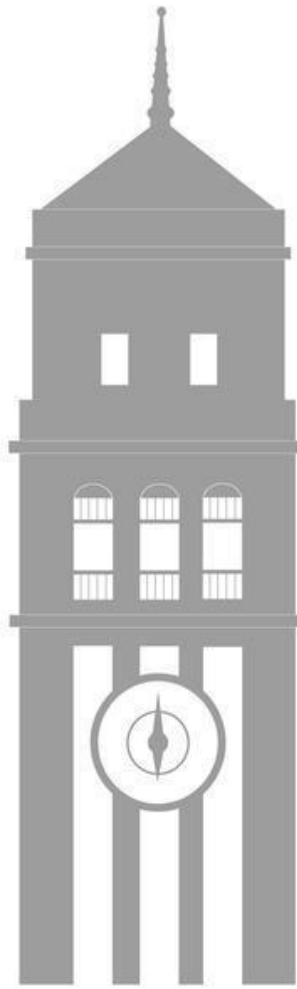


UNIVERSITY OF PUERTO RICO



BUSINESS

— LAW —

JOURNAL

**UNIVERSITY OF PUERTO RICO
BUSINESS LAW JOURNAL**

VOLUME XV

NUMBER 1

2023

EDITORIAL BOARD

Luz B. Reyes Sánchez
Editor-in-Chief

Stella M. González Pérez
Executive Director

EDITORIAL STAFF

Camila Beléndez Soto
Senior Editor

Luis Figueroa Pagán
Senior Editor

Eunice Quiñones Morales
Stephanie Surillo Rodríguez
Luis Torres Ávila
Mariela Torres Hernández
Francisco Velázquez Bello
Associate Editors

OFFICE ADMINISTRATOR

Evelyn Ramírez

ADVISOR

Antonio García Padilla
Dean Emeritus

EL ARBITRAJE DE CONSUMO EN EL CÓDIGO CIVIL 2020 1

REGULATING FRANCHISES IN PUERTO RICO 10

**DERECHO COMPARADO: ARBITRAJE DE CONSUMO EN ESTADOS
UNIDOS Y ESPAÑA20**

EL ARBITRAJE DE CONSUMO EN EL CÓDIGO CIVIL 2020

NATALYA RIVERA MALDONADO*

RESUMEN	1
INTRODUCCIÓN	1
I. LOS CONTRATOS DE CONSUMO EN PUERTO RICO	2
II. ARTÍCULO 1249: SU APROBACIÓN E HISTORIA	3
III. THE RESTATEMENT OF THE LAW OF CONSUMER CONTRACTS.....	5
A. Los efectos de la era digital sobre la legislación de los contratos de consumo	6
B. La inherente desigualdad de las partes en el contrato de consumo y la desvirtuación de la FAA.....	7
C. Unconscionability doctrine	7
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	9

RESUMEN

En el nuevo Código Civil (en adelante, CC20), se añade una disposición sin precedente en el antiguo Código Civil. Se trata del Artículo 1249 del CC20, denominado *Cláusulas abusivas en los contratos celebrados por adhesión*. El artículo relata una lista no-exhaustiva sobre las posibles causales de anulabilidad de los contratos de adhesión. En este escrito prestaremos especial atención a lo establecido en el inciso c del referido artículo, que decreta la especial anulabilidad de los contratos de adhesión que contengan cláusulas de arbitraje.

El presente escrito explorará algunas de las controversias que pudieran suscitarse a raíz del inciso c del Artículo 1249 del CC20. Particularmente, se enfatizará el efecto de esta disposición legislativa sobre los contratos de consumo que, como norma general, son contratos de adhesión sujetos a la aplicabilidad del artículo. Para elaborar sobre algunas de las críticas que pudieran realizarse sobre el Artículo 1249, realizaremos un análisis comparativo del Artículo 1249 *vis a vis* los borradores del *Restatement of Consumer Contracts* (en adelante, *Restatement*) de la American Law Institute (en adelante, ALI), el cual ha generado considerables críticas en el mundo jurídico. Estimamos que algunas de las críticas presentadas contra el *Restatement* pudieran replicarse hacia el Artículo 1249 del CC20.

INTRODUCCIÓN

El inciso c del artículo 1249, tal como ha sido aprobado por el legislador puertorriqueño, suscita varias posibles controversias. De un lado, el Artículo parece estar en directa contradicción con la legislación federal. Conforme al Federal Arbitration Act (en adelante, FAA), las cláusulas de referido a arbitraje se estiman válidas e irrevocables, y cualquier legislación incompatible con la FAA se da por derogada.¹ De ahí que resulta cuestionable la

* Natalya Rivera Maldonado es estudiante de tercer año en la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico donde ocupa el puesto de Directora del Volumen XCIII de la Revista Jurídica de la Universidad. La autora posee un bachillerato en Lingüística y Comunicación con concentración en Derechos Humanos del Recinto de Río Piedras de la Universidad de Puerto Rico.

¹ Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. §§ 1-16 (1947).

compatibilidad del Artículo 1249 del CC20 con la sección dos de la FAA. De otro lado, resulta imperativo analizar el posible efecto de este tipo de legislación ante los contratos de consumo en nuestra jurisdicción. Históricamente, la regulación del contrato de consumo en Puerto Rico se ha regido por las legislaciones aplicables al contrato de adhesión, entendido el primero como un ejemplo del segundo. De cara a la era digital, ciertamente la tendencia es que los contratos de adhesión y, por ende, los contratos de consumo, se encuentra en una aligerada transformación constante. Por tanto, mediante el presente escrito evaluaremos los posibles escenarios emergentes como resultado de la incompatibilidad del Artículo 1249 con la FAA y además, discutiremos los potenciales efectos del artículo en los contratos de consumo en nuestra jurisdicción.

I. LOS CONTRATOS DE CONSUMO EN PUERTO RICO

La modernización del derecho contractual ha llevado a que el contrato de consumo, entendido en nuestro ordenamiento como ejemplo del contrato de adhesión, predomine los negocios jurídicos del derecho comercial. El doctor Pedro F. Silva-Ruiz describe este fenómeno jurídico-capitalista de forma que:

La dinámica del capitalismo o economía de libre mercado reclama una producción de bienes y servicios masiva con la correspondiente ganancia máxima. Eso de contratar uno a uno, negociando cara a cara, en vez de la contratación en masa, no es ya posible, es cosa del pasado. Así que, en esa contratación en masa, las empresas mercantiles imponen a los adquirentes, sus clientes, un clausulado previamente redactado, y éste se adhiere/una a o lo propuesto o lo rechaza.²

Esta modalidad contemporánea de contratos parece redefinir los conceptos claves de la figura del contrato pues el contrato, entendido clásicamente como una negociación bilateral, pasa a ser un proceso en el que una de las partes, el consumidor, se ve en la posición de aceptar o rechazar los términos pre-dispuestos en el contrato sin más. No empece la visible desigualdad en el proceso negocial del contrato, basta la aceptación del consumidor para que se configure el consentimiento.

Este tipo de contrato viene configurándose desde los fines del siglo XIX y principios del siglo XX.³ En Puerto Rico, la figura del contrato de adhesión, y dentro de ello el contrato del consumo, ha sido regulado desde el antiguo Código Civil. “El contrato denominado de adhesión es la respuesta jurídica a la masificación contractual propia del mercado de consumo en la era contemporánea”.⁴ De este modo, establecía el artículo 1240 del Código previo que “[l]a interpretación de las cláusulas obscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la obscuridad”.⁵ Este tipo de legislación buscaba atacar la inherente desigualdad entre las partes en los contratos de adhesión. De ahí que, durante el pasado siglo, el legislador puertorriqueño ha ido desarrollando distintas respuestas en miras de regular este desequilibrio que caracteriza a los contratos de consumo.

Uno de los intentos de regulación de las relaciones de consumo en Puerto Rico surge en 1973 con la creación del Departamento de Asuntos del Consumidor (en adelante, DACO). El propósito tras la creación de esta agencia fue “atender y resolver las querellas de los

² Pedro F. Silva-Ruiz, *Derechos de los Consumidores y la Actividad Notorial en Puerto Rico*, 57 REV. DER. P.R. 401 (2018).

³ Andrés L. Córdova Phelps, *El contrato de adhesión*, MICROJURIS (15 de septiembre de 2022) <https://aldia.microjuris.com/2022/09/25/columna-el-contrato-de-adhesion/>.

⁴ *Id.*

⁵ Cód. Civ. PR, art. 1240, 31 LPRR § 3478 (derogado 2020).

consumidores” y “vindicar e implementar los derechos de los consumidores”.⁶ Sin embargo, un vacío en la ley habilitadora de la agencia es que “no menciona las cláusulas abusivas ni las cláusulas generales de la contratación”.⁷ Este factor, en adición al alto volumen de querrelas manejado por la agencia, ha llevado a que la resolución de disputas a través de DACO no necesariamente es el mecanismo más rápido ni más eficiente disponible al consumidor.

Otro esfuerzo regulador del legislador puertorriqueño fue el intento de desarrollar un “Código de Derechos del Consumidor”. Dicho proyecto fue presentado en tres ocasiones distintas, bajo tres cuatrienios diferentes, sin embargo, el proyecto nunca fue avalado.⁸ Se estima que la imposibilidad de aprobar el Código de Derechos del Consumidor respondió a fuertes cabildos y objeciones del sector económico.⁹ Uno de los intentos de aprobación del Código fue en el 2009 con el Proyecto del Senado 1047 de ese mismo año. Interesantemente, el Artículo 36 del proyecto leía:

Se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato en perjuicio del consumidor . . . Serán anulables y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones, y estipulaciones en las que se determine que existe el carácter abusivo. Cuando subsista el contrato, la autoridad competente que declare nulas dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes, que no pueda ser subsanada, podrá declararse la ineficiencia del contrato.¹⁰

Asimismo, el proyecto establecía que una de las cláusulas que se tendría por abusiva es “[l]a previsión de pactos de sumisión expresa a un foro adjudicativo distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, o el que fuera más beneficioso a éste”.¹¹ Esta disposición nos lleva a cuestionar el hecho de que esta legislación no fuese aprobada tan sólo once años previo a la aprobación del CC20. Del texto citado, se desprende que el Código de Derechos del Consumidor guardaba una intención paralela al CC20 en su regulación de los contratos de adhesión. Incluso, cuando se menciona la “sumisión expresa a un foro adjudicativo distinto” puede inferirse que ello alude a la imposición de cláusulas de arbitraje a los consumidores. No obstante, no fue hasta el 2020 que se ratificó esta propia intención de igualar a las partes en los contratos de consumo por medio de la anulabilidad de las cláusulas de arbitraje por medio del Artículo 1249(c).

II. ARTÍCULO 1249: SU APROBACIÓN E HISTORIA

La intención legislativa tras la aprobación del Artículo 1249 pareciera ser atender lo que en el Código Civil anterior se denominaban cláusulas oscuras y definir qué constituye una

⁶ Francisco Reyes Valdés, *Arbitraje de consumo: Contraste entre Argentina, México y Puerto Rico*, INREV, <https://derecho.uprrp.edu/inrev/2023/03/21/articulo-arbitraje-de-consumo-contraste-entre-mexico-argentina-y-puerto-rico/> (última visita 15 de diciembre de 2023).

⁷ Silva-Ruiz, *supra* nota 2, en la pág. 414.

⁸ P. de la C. 4410 de 25 de febrero de 2004, 7ma. Ses. Ord., 14ta Asam. Leg.; P. de la C. 1079 de 23 de febrero de 2005, 1ra. Ses. Ord., 15ta Asam. Leg.; P. del S. 1047 de 14 de agosto de 2009, 2da Ses. Ord., 16ta Asam. Leg.

⁹ Véase Silva-Ruiz, *supra* nota 2.

¹⁰ P. del S. 1047 de 14 de agosto de 2009, 2da Ses. Ord., 16ta Asam. Leg.

¹¹ *Id.*

cláusula abusiva en un contrato por adhesión. En el CC20, con la adopción del concepto de las cláusulas abusivas, el legislador desplaza el concepto de la cláusula obscura y adquiere un posicionamiento más asertivo en cuanto a la regulación del contrato de consumo. El artículo 1249, que guarda origen en las tradiciones del derecho continental, adopta la concepción de las denominadas cláusulas abusivas tal como es conceptualizado uniformemente en la Unión Europea.¹² En miras de asemejar el articulado del Código a la legislación europea, el legislador puertorriqueño utilizó como fuentes de procedencia algunas piezas legislativas de tradiciones civilistas como España, Francia, e incluso, Argentina, así como las obras de algunos comentaristas en la materia.¹³

Una de las principales fuentes de procedencia del artículo es la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* de España (en adelante, LGDCU).¹⁴ La legislación española dispone que el concepto de cláusulas abusivas incluye “[l]as declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato” y “[l]a sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico”.¹⁵ La LDGCU ejemplifica como la uniformidad de la definición de cláusulas abusivas para los contratos de consumo y los que no sean de consumo, es una tendencia del derecho mercantil que antecede la aprobación del nuevo Código Civil puertorriqueño. No obstante, de la legislación citada cabe resaltar que, no empuja al legislador a adoptar esta legislación española, cuando esta expresamente excluye el arbitraje de consumo de las cláusulas de consumo. Sin embargo, del Código Comentado emana que las cláusulas abusivas en PR aplicarán a los contratos de consumo.

Al equipararse el arbitraje de consumo a una cláusula abusiva en un contrato de adhesión, nace una paradoja en cuanto a la base jurídica que provee el legislador para justificar esta decisión. Este hecho parece sugerir que el arbitraje de consumo no es un mecanismo eficiente para hacer valer los derechos del consumidor. Sin embargo, una mirada al ordenamiento jurídico español demuestra que el arbitraje de consumo cuenta con el aval del Estado. De hecho, el propio Ministerio de Consumo describe el sistema arbitral de consumo en España como uno de “[rapidez], porque es un sistema no formalista que se tramita en un corto espacio de tiempo” el cual es de suma “[eficacia] sin necesidad de tener que recurrir a la vía judicial ordinaria”.¹⁶ Además, provee una gran ventaja al consumidor, ya que es “gratuito para las partes [quienes] sólo deben costear, en determinados, la práctica de peritajes”.¹⁷ Considerando que la fuente en la cual se basa el CC20 para la creación de las cláusulas abusivas verdaderamente fomenta el sistema arbitral como un mecanismo favorecedor para el consumidor, cabe cuestionar la decisión del legislador en restringir su acceso en el ordenamiento puertorriqueño. Si la intención legislativa tras el Artículo 1249(c) fue uniformizar la regulación del contrato de consumo con la tradición civilista, ello no debe reducirse a la adopción de terminología. Debe también considerarse la eficacia de los

¹² Código Civil de Puerto Rico Comentado, Ley Núm. 55-2020, https://www.oslpr.org/_files/ugd/5be21a_15cd7772b7ca4ecd84035ed394e1e517.pdf (última visita 25 de marzo de 2023).

¹³ Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE 2007, 287) (España); Directiva 93/13 CEE del Consejo de 5 de abril de 1993; Ley francesa no 93-949 del 26 de julio de 1993; Artículos 905 y 968 del Proyecto de Código Civil de 1998 para la República Argentina; las obras de Alterini, Díez Picazo, Lasarte Álvarez y Serra Rodríguez.

¹⁴ Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE 2007, 287) (España).

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Sistema Arbitral de Consumo*, MINISTERIO DE CONSUMO, <https://www.consumo.gob.es/es/consumo/sistema-arbitral-consumo> (última visita 15 de diciembre de 2023).

¹⁷ *Id.*

mecanismos procesales concretos que se propician en las jurisdicciones que se utilizan como base jurídica en la legislación.

De otro lado, el legislador puertorriqueño también se fundamentó en las doctrinas expuestas por tratadistas al desarrollar su posicionamiento en torno al arbitraje de consumo en el CC20. Es por ello que, en la construcción del nuevo Código Civil, se consideró lo establecido por Christian Larroumet. En su obra, el comentarista hace una crítica a aquellos sistemas que limitan la concepción de las cláusulas de arbitraje al contexto de los contratos de consumo. Expresa el comentarista que “si los consumidores constituyen una categoría que debe de tener el privilegio de las técnicas de lucha contra las cláusulas abusivas, no es menos cierto que no deberían ser los únicos que tengan el beneficio de esta protección” ya que en “un buen número de contratos celebrados por adhesión . . . una de las partes puede estipular en su provecho derechos excesivos u obligaciones excesivas a cargo de la otra parte”.¹⁸ Larroumet por ende toma en consideración las posibles dinámicas de poder o abusivas que pudieran extenderse al ámbito de contratos profesionales y no-personales, y pareciera entonces que esta es la justificación que lleva al legislador puertorriqueño a la aprobación del Artículo 1249. Sin embargo, la decisión del legislador a asemejar las disposiciones sobre los contratos de consumo a las tradiciones del derecho europeo trae como consecuencia una contravención a la doctrina imperante en el derecho contractual según ha sido estipulado por la doctrina federal.

Si bien el artículo tal como está redactado en el CC20 no alude expresamente al arbitraje ni a los contratos de consumo, su aplicabilidad a estas instancias queda claramente establecida en el Código Civil Comentado. El Artículo 1249(c) dispone que: “[s]on especialmente anulables en los contratos celebrados por adhesión [aquella cláusula que] prohíbe o limita al adherente la interposición de acciones, y restringe las defensas o los medios de prueba a disposición del adherente, o invierte la carga de la prueba”.¹⁹ Sin más, esta expresión legislativa pudiera sufrir de cierta ambigüedad en torno a si, en efecto, el legislador optó por decretar la anulabilidad del arbitraje en los contratos de consumo. No obstante, en el Código Civil Comentado, la Asamblea Legislativa aclara que: “[l]a previsión del artículo se aplica a todo tipo de contrato celebrado por adhesión, sea o no de consumo”.²⁰ Esta expresión legislativa corrige la ambigüedad que pudiera surgir en la aplicación del artículo, extendiéndolo expresamente a los contratos de consumo.

Similarmente, el Código Civil comentado aclara que el inciso c del referido artículo alude a las cláusulas de arbitraje en los contratos de adhesión. Resulta curioso cómo, en el Código Comentado, el legislador optó por redactar nuevamente el artículo casi tal cual, haciendo como única modificación la alusión explícita al arbitraje: “[e]s anulable por abusiva la cláusula que prohíbe o limita la interposición de acciones al adherente, o impone arbitrajes, restringe las defensas o los medios de pueda a disposición del adherente, o invierte la carga de la prueba”.²¹ Cabe cuestionarse si el legislador redactó el artículo finalmente excluyendo la disposición expresa sobre el arbitraje en un intento de salvaguardar su integridad ante el riesgo de declarar la nulidad del artículo de cara a su incompatibilidad con la legislación federal.

III. THE RESTATEMENT OF THE LAW OF CONSUMER CONTRACTS

Durante los pasados 11 años, la ALI ha venido desarrollando el proyecto de *Restatement* para los contratos de consumo. El propósito tras el diseño de dicho proyecto es crear una

¹⁸ 1-III CHRISTIAN LARROUMET, *TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO* (1999).

¹⁹ CÓD. CIV. PR art. 1249, 31 LPRR § 9803.

²⁰ Código Civil de Puerto Rico Comentado, Ley Núm. 55-2020, https://www.oslpr.org/_files/ugd/5be21a_15cd7772b7ca4ecd84035ed394e1e517.pdf (última visita 15 de diciembre de 2023).

²¹ *Id.* (énfasis suplido).

fuerza jurídica de influencia a los tribunales en cuanto a la resolución de controversias bajo del derecho contractual, particularmente, aquellas que se susciten bajo la figura del contrato de consumo. Particularmente, en cuanto a las cláusulas de arbitraje, el *Restatement* reconoce la superioridad de la FAA en cuanto a esta zona. No obstante, expresa la ALI que el proyecto fungirá para solucionar las posibles áreas grises o ambiguas que no estén cobijadas bajo la FAA y proveer guías para la aplicación de la doctrina de *unconscionability*.²²

Sin embargo, cabe señalar que, a pesar de que la ALI exprese su intención tras la aprobación del proyecto es proveer guías para solucionar las lagunas jurídicas que nazcan a partir de los contratos de consumo, la redacción de los borradores del proyecto sugiere una realidad distinta. Una lectura del borrador más reciente demuestra como esencialmente el proyecto busca alterar la doctrina federal en torno a los contratos de consumo, y ello incluye la norma sobre el arbitraje de consumo. Es por ello que el *Restatement* ha sido objeto de extensas críticas pues, pareciera que la ALI busca desplazar la norma harta reiterada por la jurisdicción federal. Algunas de las críticas claves sobre el *Restatement* son: su imposible atemperación a los avances tecnológicos en el consumismo, la falacia de cerrar la brecha de desigualdad entre las partes contratantes y su alteración a la norma del *unconscionability doctrine*.

Una lectura análoga del *Restatement* de la ALI en conjunto con el Artículo 1249 del CC20 demuestra que ambos documentos adolecen de faltas similares. Es por ello que, al analizar las críticas generadas sobre el *Restatement*, un análisis comparativo refleja cómo estas mismas críticas son de relevancia al estudiar la aplicabilidad del Artículo 1249. De modo similar a la ALI, el legislador puertorriqueño obvió algunas de las realidades inherentes del arbitraje de consumo.

A. *Los efectos de la era digital sobre la legislación de los contratos de consumo*

Una crítica central que surge en cuanto al *Restatement* se dirige a la posibilidad de que se torne obsoleto poco tiempo luego de su aprobación y publicación. En su artículo *The Restatement of the Law of Consumer Contracts: The American Law Institute's Impossible Dream*, Mark Budnitz señala que, de cara a los avances tecnológicos en la industria del consumo, existe un riesgo de que las declaraciones del *Restatement* no puedan atemperarse a los constantes cambios en el mercado. Expresa el autor que:

*The Consumer Contract Restatement Project is an impossible dream because the online consumer marketplace is constantly changing in major ways as companies employ the latest advances in technology. As a result, if the ALI approves a Restatement of the Law of Consumer Contracts, it already will be out-of-date on the day it is published.*²³

El autor señala esta problemática como crítica fundamental del *Restatement* principalmente debido a que “*continuous developments in technology have changed the manner in which consumers interact with sellers in fundamental ways.*”²⁴ Incluso, señala el autor, aún existen vacíos jurisprudenciales pues ni las propias cortes han podido actualizar sus dictámenes de forma tal que se desarrollen a la par a las transformaciones en el mercado.

De igual modo, resulta que el CC20 obvia esta realidad en su regulación de los contratos de consumo. Si bien el legislador crea una lista no-exhaustiva de las cláusulas especialmente anulables, la realidad es que no sería posible prever la gama de controversias que

²² Tentative Draft No. 2 1 (April 2022) Reporters' Introduction.

²³ Mark E. Budnitz, *The Restatement of the Law of Consumer Contracts: The American Law Institute's Impossible Dream*, 32 LOY. CONSUMER L. REV. 369, 370 (2020).

²⁴ *Id.* en la pág. 374.

comenzarán a suscitarse en los contratos de consumo en una industria de constante cambio. Igualmente, en Artículo 1249 (c), el legislador obvia la inevitable expansión en masa de las cláusulas de consumo de arbitraje. En un mercado en el que adherirse a una cláusula de arbitraje no es más difícil que meramente emitir un *click*, resulta un esfuerzo infructuoso tratar de anular estas cláusulas sin considerar su efecto en el tráfico jurídico de una industria en que el consumo crece de forma desmedida.

B. La inherente desigualdad de las partes en el contrato de consumo y la desvirtuación de la FAA

Un principio central que se replica tanto en el *Restatement* como en el Artículo 1249(c) es el intento en reducir la brecha entre consumidor y comercio. Este principio, aunque bien intencionado, trae como consecuencia la insostenibilidad tanto del *Restatement* como del Artículo. Mencionan algunos de los críticos que, si bien la intención de la ALI es reconocer que los contratos de consumo son inherentemente desiguales y proveer soluciones concretas a ello, pareciera que la organización se inmiscuye en áreas jurídicas que ya contienen harta jurisprudencia atendiéndolas.

Al embarcarse esta tarea, los redactores del *Restatement* parecen ignorar que la FAA desplaza cualquier legislación contraria a esta. A esos efectos, el presidente de la *American Tort Reformation Association* (en adelante, “ATRA”), Tiger Joyce, expresa que:

Finally, the restatement’s arbitration provision ignores both the Federal Arbitration Act and U.S. Supreme Court precedent regarding predispute arbitration agreements. A broad and ambiguous requirement granting judges the power to determine whether an arbitration clause was entered into in good faith undoubtedly will lead to lawsuits regarding what exactly constitutes that good faith.

*This increased ambiguity in the law regarding the validity of arbitration clauses will only serve to increase litigation.*²⁵

Es decir que, más allá que crear una protección al consumidor vinculado por un contrato, la ALI busca desvirtuar el estado de derecho vigente a nivel federal. Para hacer esto, los redactores citan una serie de casos de distintas jurisdicciones estatales en los que se invalidan cláusulas de arbitraje bajo las modalidades convencionales de nulidad en el derecho de contratos.²⁶ Sin embargo, estas expresiones se realizan sin considerar el rango preferente de la FAA ante legislación arbitral estatal.

De igual forma, al aprobar el Artículo 1249(c), se ignora la fuerza vinculante de la FAA en Puerto Rico. El Artículo no sólo quedó redactado en total contravención a la legislación federal, sino que tampoco se hace mención alguna en la FAA entre las fuentes que justifican la creación del artículo. El legislador puertorriqueño en su intento de asemejar la regulación del contrato de consumo a las tradiciones civilistas ignoró el hecho de que existe doctrina estadounidense que permea en la regulación del arbitraje en Puerto Rico.

C. Unconscionability doctrine

Es norma reiterada en el derecho contractual que el *unconscionability doctrine*, conocido en nuestro ordenamiento como aquello “contrario a ley, moral u orden público”, funge como

²⁵ Tiger Joyce, *ALI Consumer Contract Restatement Is Biased Advocacy*, ATRA (22 de julio de 2020), <https://www.atra.org/2020/07/22/ali-consumer-contract-restatement-is-biased-advocacy/>.

²⁶ Tentative draft, *supra* nota 21.

causal de anulabilidad de los contratos.²⁷ El análisis dual de la doctrina para determinar la validez de una determinada cláusula contractual considera la validez procesal y la validez sustantiva de una cláusula contractual.²⁸ La doctrina se ha desarrollado de forma tal que el mecanismo utilizado en su aplicación ha sido el acercamiento de *sliding scale*.²⁹ Este concepto, en suma, establece que a mayor defecto sustantivo, menor será el requisito de defectos procesales para la impugnación de la cláusula y vice versa.³⁰

El *Restatement* diseñado por la ALI parece adoptar su propia interpretación de la doctrina. Si bien los redactores establecen que su intención es meramente reiterar la norma establecida por el ordenamiento jurídico, una lectura del documento demuestra el intento de la ALI por alterar la doctrina existente. Al examinar el aspecto sustantivo del estándar establecido por la doctrina, establecen los redactores que “[t]his Section does not take a position on the question whether arbitration agreements . . . are unconscionable under the rules of consumer contract law. Rather, it restates the contract-law principle that courts have regularly utilized to evaluate a broader set of limitations”.³¹ Sin embargo, del propio documento surge que la ALI ha diseñado un nuevo criterio para el análisis del *unconscionability doctrine*.

La ALI realiza una crítica al concepto de *sliding scale* señalando que se ha utilizado para minimizar el aspecto procesal de la doctrina. Asimismo, señala la ALI que existe una ambigüedad en cuanto a los criterios requeridos para hacer cumplir la validez procesal de un contrato. Es por ello que el *Restatement* busca atender la falta de claridad en cuando al aspecto procesal de la doctrina, y en respuesta, crea un nuevo criterio: “this Section adopts an approach that is consistent with the cognitive notion of salience. A term is salient if it is likely to affect the contracting decisions of a substantial number of consumers”.³² El efecto del análisis propuesto por la ALI es que bastará demostrar que una cláusula de contractual adolece de vicios procesales o sustantivos, pero no será requisito demostrar ambos tipos de vicios, tal como es la norma actual.

Además, en cuanto a las cláusulas estándares que suelen predominar en los contratos de consumo, la ALI dispone en su borrador que: “[s]tandard terms are not salient, even if they meet technical criteria of disclosure, or even if affirmed by signatures, because it is cognitively impossible to process and comprehend dense quantities of information packaged in standard forms. Most consumers are not capable of carefully reading”.³³ Por consiguiente, considerando la estructuración típica de los contratos de consumo y, como parte de ello, las cláusulas de arbitraje de consumo, cabe concluir que la ALI se inclina a establecer la anulabilidad de dichas cláusulas.

Este aspecto del *Restatement* igualmente ha sido objeto de críticas. Por ejemplo, Brian Turetsky en su escrito *Preparing for the Restatement of the Law, Consumer Contracts* señala que, no empece la ALI expresamente reconozca el rango superior de la FAA en temas de arbitraje, parece hacer un intento de modificar la doctrina de *unconscionability* para facilitar la anulación de cláusulas de consumo. Expresa Turetsky:

While the common law of many states considers a contract or term unconscionable only where it is both substantively and procedurally unconscionable (with the degree of each determined on a sliding scale), the

²⁷ Véase *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.*, 350 F.2d 445 (en donde el Segundo Circuito de Apelaciones define *unconscionability* como una ausencia de decisión informada por parte de una de las partes contratantes, en conjunto a cláusulas contractuales desfavorables para una de las partes) (traducción suplida).

²⁸ Tentative Draft No. 2 1 (April 2022) Reporters' Introduction.

²⁹ Véase Melissa T. Lonegrass, *Finding Room for Fairness in Formalism—The Sliding Scale Approach to Unconscionability*, 44 LOY. U. CHI. L. J. 1 (2012).

³⁰ Tentative Draft, *supra* nota 21.

³¹ *Id.*

³² *Id.*

³³ *Id.*

*new Restatement holds that it is sometimes sufficient to only prove one of these factors to challenge a contract [sic]. This opens the door for consumers to strike down contracts and terms on the grounds that they are unsophisticated and didn't understand what they were agreeing to, thereby rendering the contract or term procedurally unconscionable.*³⁴

Este esfuerzo de la ALI parece ser un intento de desplazar la norma actual en cuanto al arbitraje de consumo. Es norma establecida que las cláusulas de arbitraje podrán ser anuladas por cortes estatales bajo las defensas típicas del derecho contractual. En respuesta a ello, la ALI busca flexibilizar los estándares de defensas del derecho de contratos tal como el *unconscionability* para facilitar la declaración de nulidad de las llamadas cláusulas estándares, incluyendo en ello las cláusulas de arbitraje de consumo. De esta forma, se crearía una norma cuyo propósito sugiere ser crear una vía de excepción para el poder de desplazamiento de la FAA en los foros estatales.

La redacción del borrador del *Restatement* en este sentido parece alinearse con la intención del legislador puertorriqueño al determinar estas cláusulas que, según la ALI, adolecen de *salience*, son cláusulas abusivas en el CC20. De esta forma también, la intención legislativa revela una inclinación a modificar el derecho contractual de forma que facilite la nulidad de las cláusulas de arbitraje de consumo bajo el derecho local. Sin embargo, a pesar de los claros paralelos que surgen entre el *Restatement* y el CC20, los borradores del *Restatement* no son citados en los memorandos explicativos del Código.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El Código Civil de Puerto Rico, en materia del arbitraje de consumo, se aleja de la doctrina federal que sostiene la validez de las cláusulas de arbitraje en los contratos de consumo. El legislador puertorriqueño optó por crear una pieza legislativa que cerrara la brecha de desigualdad que caracteriza a los contratos de consumo al declarar la nulidad de las cláusulas de arbitraje. Sin embargo, este esfuerzo resulta fútil de cara al hecho de que la FAA desplaza cualquier legislación federal en materia de arbitraje. Esto lleva a que el Artículo 1249(c) es esencialmente inaplicable al momento de querer anular una cláusula de arbitraje en un contrato de consumo. Por tanto, de querer conceder verdaderas protecciones al consumidor, un esfuerzo más eficiente por parte del legislador es regular el arbitraje y establecer foros especializados para el arbitraje de consumo, en vez de redactar leyes que, en esencia, se reducen a una expresión legislativa sin vía concreta para su aplicación.

³⁴ Brian Turetsky, *Preparing for the Restatement of the Law, Consumer Contracts*, BALLARD SPAHR, LLP (16 de mayo de 2022), <https://www.consumerfinancemonitor.com/2022/05/16/preparing-for-the-restatement-of-the-law-consumer-contracts/>.

REGULATING FRANCHISES IN PUERTO RICO

ROBERT ALEX FLEMING*

INTRODUCTION 10

I. DEFINITION OF A FRANCHISE 10

II. THE LEGAL FRAMEWORK OF A FRANCHISE 11

III. FRANCHISE REGULATION IN PUERTO RICO..... 12

IV. STATE LAWS13

V. FEDERAL REGULATION..... 14

VI. A LAW REGULATING FRANCHISES IN PUERTO RICO 16

INTRODUCTION

In the past few years, numerous endeavors to regulate the franchise industry in Puerto Rico have proven futile. A recent attempt was initiated by the House of Representatives in 2017, but it was met with resistance from the business sector, due to the excessive constraints it sought to impose. This article argues that any regulations on franchises should focus on the initial steps of registration, sales, and regulatory updates, and not on ongoing operations. To support this argument, it will examine the concept of a franchise, as well as provide an analysis of the legislations and regulations enacted by both federal and state governments, including the limitations incorporated within the proposed 2017 bill. Lastly, this article will investigate the ramifications of these issues and provide potential resolutions.

I. DEFINITION OF A FRANCHISE

Franchising is a prevalent concept within the realm of business and commerce, yet its intricacies often remain elusive to many. Enterprises, both sizable and modest, regard franchising as a viable avenue for expanding their operations. While some franchisees may only manage a singular unit that has been operational for a brief period, others oversee thousands of units that have been functioning for many years. The appeal of franchising lies in the delegation of financial investment and operational responsibilities to franchisees, while the parent company gains a steady stream of revenue through monthly royalties.¹

The conceptualization of the term franchise is contingent upon the legal jurisdiction and forum in which it is assessed, as there currently exists no universally accepted notion of a franchise agreement.² This term encompasses an extensive range of commercial associations between the parties. Distinct definitions are provided by states and the federal

* Abogado litigante y transaccional con más de 30 años de experiencia en temas de derecho corporativo, comercial y laboral; BA, Georgetown University; MBA, Universidad de Indiana Bloomington; JD, Universidad Interamericana de Puerto Rico; LLM, Derecho Mercantil, Universidad de Puerto Rico.

¹ A distinction must be made between regular franchisee agreements and master franchise agreements, where the master franchisee pays the franchisor an initial fee for the rights to franchise, as well as an ongoing royalty on the revenue generated by the master franchise from fees and royalties obtained from franchise units sold.

² *Franquicias Martin’s BBQ, Inc. v. Luis García*, 178 DPR 978, 985 n.5 (2010).

government, often varying and occasionally contingent upon the specific business category.³ Consequently, when addressing franchising, it's essential to consider regulatory frameworks, the business paradigm, and any pertinent legal documents that underpin its structure, such as the franchise agreement.

In a simplified definition with common characteristics, we can describe a franchise as an agreement between two or more parties. Such an agreement grants the franchisee the right to operate a business using the franchisor's marketing plan and affiliated commercial symbols or trademarks. In return, the franchisee is obligated to pay a franchise fee or other consideration to the franchisor. This basic framework captures the essence of what constitutes a franchise and provides a foundation for further discussion.

II. THE LEGAL FRAMEWORK OF A FRANCHISE

Franchisee contracts comprise one of many contractual modalities employed in Puerto Rico to achieve analogous objectives. Distribution and concession,⁴ representation,⁵ agency,⁶ supply,⁷ and general licensing agreements,⁸ all exist with the intent to facilitate the marketing of products and services, yet each method possesses its own unique characteristics. Agents and sales representatives operate as intermediaries, transacting on behalf of their principal's offerings. Meanwhile, a licensing agreement manifests in an array of forms contingent on the respective industry; however, its primary focus, lies within the trademark being licensed for royalty. Distributors function with increased autonomy and collaborate with an assortment of suppliers, typically not identifying themselves with the specific brand being provided, unless permitted. The distributor's role encompasses the circulation of goods from various brands, while the supplier concentrates on the provision of said goods.

³ 16 C.F.R. § 436.1(h) (2023) (franchise means any continuing commercial relationship or arrangement, whatever it may be called, in which the terms of the offer or contract specify, or the franchise seller promises or represents, orally or in writing, that: (1) The franchisee will obtain the right to operate a business that is identified or associated with the franchisor's trademark, or to offer, sell, or distribute goods, services, or commodities that are identified or associated with the franchisor's trademark; (2) The franchisor will exert or has authority to exert a significant degree of control over the franchisee's method of operation, or provide significant assistance in the franchisee's method of operation; and (3) As a condition of obtaining or commencing operation of the franchise, the franchisee makes a required payment or commits to make a required payment to the franchisor or its affiliate).

⁴ Ley de Contratos de Distribución, Ley Núm. 75 de 24 de junio de 1964, 10 LPRA § 278-278(e) (2013 & Supl. 2023) (These are contracts between the principal and dealer or distributor, that are granted for the distribution of a given merchandise or service. The concessionaire or distributor agrees to dispose of their resources, in their name and on their own account, and to provide their services to market the products provided by the grantor, who in turn agrees to pay a remuneration and to provide the products, as agreed. It is regulated by the Puerto Rico Civil Code of 2020, 31 LPRA §§ 10471-93. Act 75-1964 regulates the termination of distribution agreement without cause).

⁵ Ley para Reglamentar los Contratos del Representante de Ventas, Ley Núm. 21 de 5 de diciembre de 1990, 10 LPRA § 279-279h (2013 & Supl. 2023) (Sales or manufacturing representatives are independent entrepreneurs, that undertake reasonable efforts and due diligence to create or expand the market for the products sold by the principal, through sales representation agreements granted by the principal for a defined market or territory. This contract is regulated by Act 21-1991).

⁶ *Id.*; In the agency contract, the agent agrees, in exchange for the remuneration paid by the principal, to continuously promote the latter's business. The agent is an independent intermediary that does not assume the risk of the operations, nor does he represent the principal. The agency contract is regulated by the Puerto Rico Civil Code of 2020, 31 LPRA §§ 1421-38. Consider also Act 21-1991, regulating sales agents under exclusivity agreements.

⁷ Código Civil de Puerto Rico de 2020, Ley Núm. 55 de 1 junio de 2020, 31 LPRA §§ 10021-28 (In the supply contract, the supplier undertakes the task to deliver goods periodically or continuously to the supplier, who to pays a price for each benefit or series of benefits).

⁸ A licensing agreement is a legal contract generally between two parties, known as the licensor and the licensee whereby the licensor grants the licensee the right to use, produce, or sell a product, service, or intellectual property owned or controlled by the licensor. In return, the licensee typically pays the licensor a fee or royalty.

Though distribution may be an element within a franchise organization (such as supplier-dealer relationships), the predominant structure of franchising is the notion referred to as “business format franchise.” In this model, a franchisor devises a distinct commercial methodology (referred to as the “commercial format”), aimed at either the distribution of products or the provision of services, subsequently granting usage rights to franchisees. Most regulations and guidelines primarily concentrate on business format franchises. To structure a commercial format, the franchise agreement necessitates the integration of essential components within a single contract, thereby generating an intricate and overlapping, interconnected network comprised of autonomous entrepreneurs, who collectively pursue a shared overarching goal.

Irrespective of the diverse legal frameworks that may exhibit similarities to a franchise, certain fundamental components consistently appear in most franchises, encompassing the rights and responsibilities acquired by the franchisee from the franchisor, through contractual agreements. Generally, these components can be delineated into five categories: (i) the entitlement to offer and vend a product or service; (ii) the authorization to utilize the associated identification and branding pertaining to said services and products; (iii) the privilege of obtaining requisite assistance and technical support; (iv) the mandate to adhere to specific operational guidelines; and (v) the commitment to remit a fee in exchange for these rights. In addition to consolidating these elements within a comprehensive agreement, compliance with relevant industry regulations, legislation governing trade secrets, trademarks, copyrights, and – contingent upon the intricacy of the operation – matters such as bonds, security interests, loans, lease contracts, antitrust provisions, supply agreements, non-competition clauses, and an array of preliminary arrangements with other business entities must also be ensured.

III. FRANCHISE REGULATION IN PUERTO RICO

The precise number of franchisors and franchisees operating in Puerto Rico remains undetermined, primarily due to the absence of a dedicated registry for such entities (unlike the registries available for companies). Franchises are often registered as corporations or limited liability companies, rendering it difficult to ascertain whether they follow the franchise model. Consequently, these businesses function without any local legislation mandating disclosure regarding their operations, profitability, offerings, and the contractual terms extended both during and after the termination of their relationships.

Beyond the limited provisions of Law 75-1964, franchise contracts are not explicitly governed.⁹ The Puerto Rico Civil Code remains silent on this matter, even though it encompasses more than twenty distinct contract classifications.¹⁰ Pertaining to Law No. 75-1964, its provisions primarily emphasize the arbitrary cessation of distribution arrangements between suppliers and their respective distributors. The applicability of Law 75-1964 comes into play when a franchisee is considered as functioning in the capacity of a distributor. In this role, the franchisee might cultivate a propitious market for the franchisor’s products and services in a manner that activates the enforcement of legal provisions prohibiting detrimental acts against the franchisee, the refusal to renew, and unwarranted dissolution of contractual agreements.¹¹

The Puerto Rico Supreme Court (“PRSC”) has affirmed the validity of franchise agreements, provided they adhere to contractual principles, and do not contravene legal

⁹ 10 LPRR § 278-278e.

¹⁰ 31 LPRR §§ 9941-10686; *See also*, Exposición de Motivos del Código Civil de Puerto Rico, Ley Núm. 55 de 1 de junio de 2020, 2020 LPR 55.

¹¹ 10 LPRR § 278a; *See also*, Next Step Medical Co., Inc.; Jorge Iván Dávila Nieves, Madeline Rodríguez Muñoz y la Sociedad Legal de Gananciales compuesta por ambos v. Biomet, Inc.; Biomet International, LTD.; Biomet 31, LLC; Biomet Orthopedics Puerto Rico, Inc.; Fulano de Tal, 195 DPR 739, 746-47 (2016).

statutes, ethical considerations, or public order.¹² The court characterizes such agreements as atypical contracts, which have hitherto received insufficient scrutiny in legal discourse. Moreover, the Court acknowledges its purpose as a means for business expansion via agreements, which can be defined by the allocation of rights to autonomous entrepreneurs, thus allowing them to distribute specific branded products or deliver services under specific names. The PRSC identifies that the franchising model grants the franchisee with the entitlement to utilize and capitalize on certain products and services:

[The] privilege is exploited by the franchisee, usually within a specific and exclusive geographic area, by virtue of financial compensation provided by the franchisee and according to the method or system prescribed by the franchisor. On the other hand, the franchisor undertakes in many cases to provide certain knowledge and business strategies, assistance, supervision regarding the uniformity between the businesses of the system and other services to the franchisee.¹³

The analysis of franchise arrangements by the PRSC has centered, predominantly, on assessing the legal validity of the principal contract, whilst overlooking other integral elements of the franchise business model, and its correlated legal transactions. These transactions encompass negotiations, representations, warranties, obligations, and various ancillary agreements contingent on the specific transaction.¹⁴ The Court does acknowledge the potential for exploitative practices by franchisors and the benefits of implementing legislation to regulate such actions:

However, its rapid development, in response to the enactment of antitrust laws and its potential abuse, led different states in the United States to regulate franchises in the early 1970s, particularly with respect to the disclosure of information, registration, as well as the relationship between the franchisor and the franchisee . . . Thus, in 1978 the Federal Trade Commission (F.T.C.) enacted the Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures, 16 CFR secs. 436 *et seq.*, as amended, also known as the "F.T.C." Rule, through which the franchisor is required to disclose certain information prior to the sale of a franchise . . . From a legislative analysis we can infer that it has been considered that a convenient way to protect the franchisee from the abuses experienced in the past -against uninformed and inexperienced franchisees in business- is through the transmission of the necessary information to the franchisee to analyze the business before committing.¹⁵

IV. STATE LAWS

The inception of legislative regulation for franchise agreements can be traced back to California in 1970. The State required registration, disclosure of the offer and specificity of

¹² *Franquicias Martin's BBQ, Inc. v. Luis García*, 178 DPR 978, 989-90 (2010) (They are generally accepted and governed by contract law and are agreed between independent entrepreneurs).

¹³ *Id.* at 985 (translation supplied).

¹⁴ There are related agreements that may be tied to the franchise transaction, such as non-competition, non-disclosure and confidentiality obligations, personal and spousal guaranties, collaterals, promissory notes, development and construction, leasing, and post termination arrangements.

¹⁵ *Martin's BBQ, Inc.*, 978, at 987-88 (translation supplied).

the contractual terms, including termination provisions.¹⁶ Other states followed soon and today, at least 22 states have some type of legislation regulating the registration, disclosure, or termination of the contract. Legislative requirements exhibit significant variation among jurisdictions. However, they can be broadly classified into two principal categories: registration and filing states. The former generally necessitates a comprehensive examination, whereas the latter customarily mandates only the submission of a notification. For example, New York requires registration review of the petition for a franchise by the New York State Department before it is approved, and a sale can take place.¹⁷ A sale must only be completed if detailed disclosures about the business is provided to the applicant. Any marketing and sales information addressed to prospective franchisees must be submitted to the Department prior to its intended use.¹⁸ Furthermore, the franchise must file annual reports listing franchises sold, price paid and a copy of the franchise' independent audited financial statements.¹⁹ In addition to compliance with federal disclosure regulations the law prohibits franchisors from terminating a franchise agreement without good cause.²⁰ The law also allows franchisees to sue for damages and other relief if a franchisor violates the law. On the other hand, Michigan, for example, just requires a notice of intent and does not review the business offer or disclosure documents.²¹

V. FEDERAL REGULATION

The Federal Trade Commission (hereinafter referred to as "FTC") exercises authority over franchise operations through the implementation of the Franchise Rule.²² The FTC has established a clear and distinct delineation of what constitutes a franchise. While this definition shares similarities with those of other states, it also excludes certain businesses and industries, making it comprehensive and intricate in nature. Given the scope of this article, a detailed examination of the full definition is beyond its focus. Nevertheless, the FTC does offer a general definition, and for the purpose of this article, we will suffice with a simplified explanation they have provided based on three key factors.²³ First, the franchisor must "promise to provide a trademark or other commercial symbol . . . promise to exercise significant control or provide significant assistance in the operation of the business; and . . . require a minimum payment of at least \$500 during the first six months of operations."²⁴

¹⁶ Cal. Corp. Code §§ 3110-4, 31158 (West 2006) (The California Franchise Investment Law requires franchisors to register with the Department of Financial Protection & Innovation before offering or selling franchises).

¹⁷ New York Franchise Sales Act, N.Y. Gen. Bus. Law § 683 (McKinney 2009); *See also* N.Y. Comp. Codes R. & Regs. tit.13 § 200.3.

¹⁸ N.Y. Comp. Codes R. & Regs. tit.13 § 200.9.

¹⁹ *Id.*, at § 200.8(c).

²⁰ N.Y. Gen. Bus. Law § 691 (The good cause requirement is specified in Section 691 of the New York Franchise Sales Act, which states that a franchisor may not terminate a franchise agreement prior to the expiration of its term, except for "good cause," which is defined as the franchisee's failure to comply with any lawful requirement of the franchise agreement that is both reasonable and of material significance to the franchise relationship).

²¹ Mich. Comp. Laws § 445.1507a (The State does not review documents however, prior to offering or selling franchises, franchisors must register a "Notice of Intent" once a year, with the Department of Attorney General, Franchise Section).

²² 16 C.F.R. §§ 436.5 (2023).

²³ 16 C.F.R. § 436.1(h) (2023) provides that a "Franchise means any continuing commercial relationship or arrangement, whatever it may be called, in which the terms of the offer or contract specify, or the franchise seller promises or represents, orally or in writing, that: (1) The franchisee will obtain the right to operate a business that is identified or associated with the franchisor's trademark, or to offer, sell, or distribute goods, services, or commodities that are identified or associated with the franchisor's trademark; (2) The franchisor will exert or has authority to exert a significant degree of control over the franchisee's method of operation, or provide significant assistance in the franchisee's method of operation; and (3) As a condition of obtaining or commencing operation of the franchise, the franchisee makes a required payment or commits to make a required payment to the franchisor or its affiliate."

²⁴ FTC, Franchise Rule Compliance Guide, 16 C.F.R. Part 436 (May 2008),

<https://www.ftc.gov/system/files/documents/plain-language/bus70-franchise-rule-compliance-guide.pdf>.

The primary aim of the Franchise Rule is not to regulate the contractual provisions inherent within franchise relationships. Instead, it serves as a preemptive measure to alleviate unjust or deceptive actions perpetuated by individuals who neglect to reveal crucial information. The overarching objective is to equip franchisees with pertinent data, deemed necessary by the FTC to enable prospective franchisees to make well-founded investment decisions prior to engaging in a franchise agreement.²⁵ This is achieved by establishing comprehensive guidelines regarding the preparation and presentation of disclosure documents for prospective franchisees. Upon fulfillment of these requirements, franchisors are not obligated to submit any documentation to the FTC.

The guidelines include an extensive array of detailed disclosures and required updates, with pertinent details concerning the legal and financial structure of the franchisor, the business offered under the franchise, and the agreement to be executed before entering a sale. This information is compiled and presented in the format of a Franchise Disclosure Document (“FDD”), which must be provided to the franchisee a minimum of fourteen calendar days prior to any financial transactions or signing of the franchise contract. The FDD serves as an instrument for appraising the opportunity from an objective standpoint, encompassing data and statistics systematically organized across twenty-three distinct categories, utilizing comprehensible language.²⁶ Furthermore, it cautions franchisors that making unsubstantiated financial performance representations, or failing to grant requested refunds, will be deemed deceptive practice under its purview.²⁷

The FTC possesses the authority to initiate enforcement proceedings against any franchise seller who, among other transgressions, neglects to provide a prospective franchisee with a copy of the FDD. These enforcement measures encompass civil litigation proceedings, granting injunctive relief, imposition of monetary penalties, and an array of equitable remedies, such as the dissolution of contractual arrangements and the dispensation of restitution.²⁸

Debates persist regarding the necessity for additional federal oversight and the prospect of federal preemption.²⁹ Nevertheless, the FTC has opted for a restrained approach, abstaining from enacting regulations that would predominantly supplant existing state franchise statutes. FTC regulations do not encroach upon the substance of state law, except in instances where said law contradicts provisions offering equal or superior protection to franchisees.³⁰ Furthermore, Congress has contemplated the implementation of a comprehensive franchise law, an opportunity perceived by multi-state franchisors aiming to streamline operations by negating the need for compliance with disparate state regulations.³¹

²⁵ Promulgation of Trade Regulation Rule and Statement of Basis and Purpose, 43 Fed. Reg. at 59614 (Dec. 21, 1978).

²⁶ 16 C.F.R. § 436-7 (Some of these categories require the franchisor to disclose its main corporate entity, its business experience, previous or pending litigation, bankruptcies, initial payment fees, royalties, advertising fees, initial investment, restriction on the purchase of products, contractual obligations, financial agreements, franchisor assistance, territory, trademarks, proprietary information, renewal, termination, financial representations, information from other franchisees with telephone numbers, financial statements and copies of all documents to be signed and so forth, as stated in the FTC’s Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunities, which applies to the sale of franchises in the US, its territories, and possessions).

²⁷ *Id.* at § 436.9.

²⁸ 15 U.S.C. §§ 45(b), (m), 53(b), 57(b).

²⁹ 43 Fed. Reg. 59719-21 (Dec. 21, 1978) (In 1978 and 2007 the FTC considered proposals to apply broader regulations and preemption but were rejected).

³⁰ 16 C.F.R. § 436.10(b) (The FTC has stated that it “does not intend to preempt the franchise practices laws of any state or local government except to the extent of an inconsistency with part 436. A law is not inconsistent with part 436 if it affords prospective franchisees equal or greater protection, such as a registration of disclosure documents or more extensive disclosures).

³¹ Rochelle Spandorf, *Can Federal Preemption Solve What’s Wrong with Franchise Sales Laws?* 39 FRANCHISE L. J. Vol. 39, 477, 480-1 (2020).

VI. A LAW REGULATING FRANCHISES IN PUERTO RICO

While well-established franchise organizations typically deliver their business propositions through compliant FDDs, it is imperative to recognize that certain smaller or nascent developers may not exhibit a proclivity towards crafting a thorough disclosure document that adheres to the stringent standards mandated by federal regulations and in registered states. Undoubtedly, these prerequisites serve as a filtration mechanism for franchises that ought not to be available for market participation or sale. I am referring to those franchisors inclined to circumvent the necessary expenditure of time and effort needed to fulfill these disclosures in detriment to the prospective franchisee.

A correlated concern to consider is that, in numerous instances, even when the franchisor furnishes all requisite disclosures, the prospective party may neglect to scrutinize the information due to an already established predisposed decision to buy. Ordinarily, the sales process transpires well in advance of the concrete facts and legal agreements being presented. As a result, for a significant segment of the population, the disclosure procedure may materialize as either an impediment to their idyllic commencement with their nascent enterprise or a gratuitous and distracting formality.

The potential for incurring substantial losses due to the acquisition of a franchise that subsequently falters is significant. Numerous elements contribute to this outcome. It is possible that the prospective franchisee failed to thoroughly examine the pertinent documents, or that disclosure was not provided in a timely or comprehensive manner. Alternatively, the franchise model may have been poorly implemented or ill-suited to the particularities of the local market and it did not show up in the disclosures.

Furnishing comprehensive information and advocating for candidates to engage in thorough due diligence prior to advancing with the prospective opportunity, serves to mitigate potential risks of failure. The FDD serves as a valuable instrument in this regard, contingent upon proper disclosure and the candidate's diligent utilization of the information therein for assessing the opportunity's viability. Should the franchisor merely seek to adhere to baseline requirements, the probability of the prospective franchisee making an uninformed acquisition becomes elevated, as does their risk of failure in the absence of comprehensive evaluations pertaining to contractual obligations, personal guarantees, and associated financial risks.

It is important to consider that numerous franchises yield a substantial percentage of their revenue through unit sales, irrespective of the success achieved. To procure a franchise unit, the buyer is generally obliged to remit a non-refundable fee to the franchisor, which is distinct from the required financial investment and the subsequent and recurring royalty. The outcome of this transaction remains unaffected even if the unit sold fails eventually. This income source proves alluring with minimal constraints, save for the FDD and its insufficient enforcement mechanisms. Aggrieved entities lack recourse to civil litigation at the federal level against those failing to furnish an FDD or those providing it in a flawed or improper fashion. Federal legislation does not account for such situations, and while affected parties may lodge an administrative complaint, the FTC has not communicated to the public of any designated and specialized task force responsible for conducting investigations and enforcing penalties upon infringing franchisors.

Franchisors may contend that disclosure provisions serve as an ancillary advantage to the inherent responsibility of the purchaser in ensuring they conduct a thorough due diligence process prior to entering any novel business venture. Nonetheless, the Franchise Disclosure Document (FDD) and supplementary state regulations serve a critical function in expediting the prospective buyer's evaluation process. In furtherance of the franchisor's interests, the more actively a vendor assumes the role of a transparent and accurate collaborator, the better equipped the potential purchaser will be in making well-informed

decisions and circumventing erroneous judgments that may ultimately play against the franchisor.

The precise financial implications of disclosure infringements or misinformed franchisees remain undetermined due to a lack of relevant data. Nonetheless, the observable failures of numerous franchises suggest that this issue warrants legislative attention.

A comprehensive study focusing on Puerto Rican franchises could provide crucial insights into the well-being of the commercial sector and ascertain the adequacy of the self-regulated federal disclosure mandates and existing laws in Puerto Rico such as the Civil Code and Law 75. These provide actionable provisions against franchisors that fail to disclose or breach a contract. The injured party could file under these statutes with arguments of breach of the FDD and contract, fraud, misrepresentation and/or deceptive information, inconsistency between documents, lack of consent, adhesion clauses, unjustified termination, and others, but it's all generally after the fact. The franchisee is already invested and is trying to salvage its business and savings. These are damages that will continue drag and increment along the endless judicial process that characterizes the protracted procedures of the Puerto Rico judicial system. Perhaps, preventive legislation could fill the gap that exists within the early stages of the contractual relationship.

The 2017 attempt to craft a franchise law, was wrongly focused on the commercial relationship.³² Franchisors could not terminate the agreement with the franchisee without just cause nor refuse to renew the contract under the same terms. Offerings would have to be similar as the ones offered in the rest of the United States and all regulations and requirements imposed on franchisees had to be applied to any outlets administered by the franchisor. With certain exceptions, franchisors could not require franchisees to buy goods and services through designated channels without demonstrating reasonable necessity. Neither could they make distinctions on royalties and other fees between franchisees. There was also restriction as to encroachment on the existing territories. Civil action could be filed against a franchisor for different reasons. Expectedly, two of the major food industry organizations objected, citing excessive and existing regulations. Curiously, many of their constituents were franchisees themselves licensed locally by large U.S. Corporations.

In considering any new franchise law, it is crucial to ensure it complements existing contractual laws without disrupting the internal business model of the franchise. Furthermore, it should align with federal regulations and those from other jurisdictions.³³ Precise definition of the franchise agreement, distinguishing it from distribution or trademark licensing agreements, becomes essential. The focus should be on facilitating thorough and timely information sharing between buyers and sellers while preserving the autonomy of contracts and business operations. To achieve this, particular attention should be given to the initial stages of the relationship. Strengthening existing disclosure regulations with stringent penalties will act as a deterrent, discouraging those seeking shortcuts at the expense of compliant businesses. By promoting transparency and accountability, the law will foster a more equitable franchise landscape, benefitting both franchisors and franchisees in their business endeavors.

In other jurisdictions, franchising activities that fail to comply with registration and disclosure provisions may face various sanctions, including: (i) penalties for not registering; (ii) consequences for letting the registration expire without annual renewal; (iii) repercussions for failing to provide required disclosures in a timely manner; (iv) addressing material omissions or misrepresentations in the Franchise Disclosure Document (FDD); (v) facing consequences for providing false, incomplete, incorrect, or untimely data. The specific remedies vary from state to state but may involve regulatory enforcement such as denial,

³² P. de la C. 656 de 24 de enero de 2017, 1ra Ses. Ord., 18va Asam. Leg., at 2.

³³ Avoiding unnecessary diverse regulatory roadblocks that would discourage franchisors from offering their business opportunity to local entrepreneurs.

revocation, or suspension of the franchise registration, administrative penalties, and prosecution through civil actions. Additionally, injured franchisees may seek restitution for investigative expenses and other remedies. Certain states also allow private litigation against franchisors, providing statutory remedies such as contract termination, restitution, treble damages, costs, attorney's fees, and interest.

In line with measures seen elsewhere, the proposed franchise legislation would have minimal impact on entrepreneurs already in compliance. For them, the transition would mainly involve fulfilling the registration process and facing consequences for any breaches of requirements. Conversely, the legislation aims to deter unprincipled entrepreneurs seeking to exploit the franchise model without due consideration. The registration requirement would serve as an initial safeguard, deterring those looking to capitalize on the franchise sector with unproven ventures. These opportunistic individuals, enticing unseasoned individuals with the allure of self-employment, would now face scrutiny and consequences under the legislation.

Focusing on initial regulatory stages benefits both sides of the franchise business. For potential buyers, detailed disclosure becomes crucial in ascertaining the business venture's prospects, understanding obstacles related to market penetration, and appraising fiscal viability. With comprehensive information, buyers can make informed decisions, minimizing investment risks. Sellers benefit from this transparent approach.

Thorough and candid disclosures foster a stronger and more mutually beneficial partnership, founded on enhanced transparency and informed decision-making. This approach significantly reduces the risk of later claims based on misinformation or bad faith.

DERECHO COMPARADO: ARBITRAJE DE CONSUMO EN ESTADOS UNIDOS Y ESPAÑA

MELISSA MASSHEDER TORRES*

RESUMEN	20
INTRODUCCIÓN	21
I. TRASFONDO HISTÓRICO	22
II. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA	22
<i>A. Derecho Vigente</i>	23
i. Legislación Federal	23
ii. Legislación Estatal	24
iii. Tratados	25
<i>B. Jurisprudencia en Estados Unidos</i>	25
<i>C. Arbitraje en Estados Unidos</i>	28
i. Características	28
ii. Pasos y Procedimientos.....	33
III. UNIÓN EUROPEA	34
<i>A. Doctrina Europea</i>	36
i. Directivas del Consejo de la UE	36
<i>B. España</i>	37
i. Constitución	38
ii. Normativa Estatal	38
iii. Tratados	39
<i>C. Jurisprudencia Del Tribunal Judicial De La Unión Europea</i>	40
<i>D. El Marco Constitucional Español</i>	42
<i>E. Procedimiento de Arbitraje de Consumo en España</i>	46
<i>F. Juntas Arbitrales de Consumo</i>	46
<i>G. La Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo</i>	48
<i>H. El Consejo General del Sistema de Arbitraje de Consumo</i>	48
<i>I. Los Órganos Arbitrales</i>	48
i. Características	49
ii. Pasos y Procedimiento	51
IV. ESTUDIO COMPARADO: ESTADOS UNIDOS Y ESPAÑA EN LA MANERA DE RESOLVER LAS CLÁUSULAS DE ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO .	54
IMPLICACIONES	56
CONCLUSIÓN	57

RESUMEN

La postura jurídica esbozada en este artículo es que el sistema y proceso de arbitraje practicado en España resulta ser superior al estadounidense. En virtud de que España cuenta con un adelantado y formado sistema arbitral para consumidores. Asimismo, en España la

vía judicial se muestra más atenta ante las cláusulas de arbitraje y tiende a buscar, a mi juicio, una solución más equilibrada para el consumidor y la empresa.

INTRODUCCIÓN

Las transacciones de consumo son un elemento clave en toda economía. En Estados Unidos de América el gasto del consumidor representa el setenta por ciento de la actividad económica.¹ A su vez, la Unión Europea avanza en el mismo camino, pues el gasto de consumo representa el cincuenta y seis por ciento del producto interno bruto.² Evidentemente, el consumidor es una pieza esencial en cualquier economía de consumo. Por lo tanto, proteger al consumidor debe ser una prioridad social.³

En los contratos entre consumidores (personas naturales que adquieren productos o servicios para uso propio y sin ánimo de lucro) y empresas, se debe proveer a los consumidores una protección particular. Estos contratos comúnmente son redactados por una de las partes con poder de negociación superior (empresa) e impuesto a la parte que contrata con el redactor (consumidor).⁴ Se protege al consumidor al brindarle herramientas que faciliten el ejercicio de sus derechos, la obtención de indemnizaciones por su violación, protección eficaz contra prácticas comerciales desleales y un sistema de arbitraje adecuado.⁵

El arbitraje es un procedimiento adjudicativo por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un panel de varios árbitros que dicta una decisión sobre la controversia. Para beneficiarse de dicho mecanismo es necesario que las partes suscriban un acuerdo guiados por su deseo de finiquitar el caso fuera del tribunal.⁶ El propósito del acuerdo de arbitraje es que, de surgir un conflicto o alguna reclamación como consecuencia de la relación existente entre las partes, estas se encuentren obligadas a utilizar el mecanismo de arbitraje para la resolución de dicha controversia, sin poder optar inicialmente por la vía judicial u otro mecanismo para resolver el mismo. El arbitraje es conocido por ser un proceso más sencillo, rápido, eficaz, poco costoso y confidencial, en comparación con otros procedimientos.

Estados Unidos y la Unión Europea, específicamente España, han creado leyes, normas y procedimientos que regulan el arbitraje. Como veremos en este ensayo, las normas y mecanismos creados por ambas jurisdicciones, establecen parámetros para regular el asunto con gran similitud. Sin embargo, en Estados Unidos las cláusulas de arbitraje previas a las

* Maestría en Derecho Mercantil (LL.M.) de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico (2023); Juris Doctor obtenido de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico (2013); B.A. en Finanzas de la Universidad de Puerto Rico, Recinto de Bayamón (2009). Mis agradecimientos al Profesor y Licenciado Antonio García Padilla y al Profesor Luis M Villaronga Arostegui, quienes me instruyeron y guiaron en el proceso de investigación.

¹ AP Noticias, *Baja de economía EEUU no fue tan pronunciada como se pensaba*, YAHOO!FINANZAS (25 de agosto de 2022), <https://es-us.finanzas.yahoo.com/noticias/baja-econom%C3%ADa-eeuu-pronunciada-pensaba-132403772.html>. Véase, además, *US Department of Commerce, 'National Economic Analysis'* <http://www.bea.gov/national/index.htm#gdp>, (última visita, 15 de diciembre de 2023).

² *Comunicación De La Comisión Al Parlamento Europeo, Al Consejo, Al Comité Económico Y Social Europeo Y Al Comité De Las Regiones, Una Agenda del Consumidor Europeo para impulsar la confianza y el crecimiento / * COM/2012/0225 final **, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52012DCo225>, (última visita, 15 de diciembre de 2023).

³ Griselle V. López Pereira, *Derecho Comparado: Derecho del Consumidor en España*, 51 REV. D. P. P.R. 323, 324-325 (2012).

⁴ Nicole F. Munro & Peter L. Cockrell, *Drafting Arbitration Agreements: A Practitioner's Guide for Consumer Credit Contracts*, 8 J. BUS. & TECH. L. 363, 382 (2013).

⁵ Mania, Karolina, *American and European Perspectives on Arbitration Agreements in Online Consumer Contracts*, 36 J. INT'L ARB. 659, 660 (2019).

⁶ *Rent-A-Center, W., Inc. v. Jackson*, 130 S. Ct. 2772, (2010) ("The FAA reflects the fundamental principle that arbitration is a matter of contract."); *First Options of Chi., Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938 (1995) (stating that "arbitration is simply a matter of contract"). Véase además, Christopher R. Drahozal & Samantha Zyontz, *Private Regulation of Consumer Arbitration*, 79 TENN. L. REV. 289, 295 (2012).

disputas en los contratos de consumidores generalmente son exigibles, incluso si prevén un arbitraje vinculante.⁷ Este enfoque contrasta con el adoptado por la Unión Europea, particularmente en España, donde las cláusulas de arbitraje previas a la disputa tienen una presunción refutable de no válidas.⁸ Asimismo, en España la balanza, de ordinario, siempre tiende a inclinarse a favorecer los derechos del consumidor. Por varios factores que discutiremos en adelante, el sistema y proceso de arbitraje practicado en España resulta ser más consistente, justo, rápido y económico.

El presente artículo se inicia con un breve resumen de la legislación y jurisprudencia estadounidense en materia de arbitraje de consumo. También, se examinan las características y los procedimientos de adjudicación del arbitraje de consumo de los Estados Unidos. Seguido, y bajo los mismos parámetros, se estudia el arbitraje de consumo en España. Luego se hace un estudio comparado de ambos sistemas y se examina el impacto del arbitraje en el derecho del consumidor en cada jurisdicción. Finalmente, presentamos sugerencias para introducir al sistema de arbitraje de Estados Unidos concluyendo que el sistema de arbitraje español resulta, a mi juicio, superior al estadounidense.

I. TRASFONDO HISTÓRICO

El arbitraje se ha utilizado como un mecanismo de resolución de conflictos durante muchos años.⁹ Tiene profundas raíces en una variedad de escenarios, particularmente en contextos internacionales y comerciales y ha contado con defensores desde el Rey Salomón hasta George Washington.¹⁰ Durante gran parte de su historia, existió en tensión con los tribunales de justicia que se mostraron hostiles al mismo.¹¹ Sin embargo, a principios del siglo XX, países de todo el mundo comenzaron a adoptar el arbitraje, a través de leyes que exigen que sus tribunales hagan cumplir los acuerdos de arbitraje y limitando severamente la revisión judicial de los laudos arbitrales.¹² Durante los últimos 100 años, ha surgido una fuerte política de pro-arbitraje.¹³ Como resultado, el arbitraje ha adquirido predominancia en todo el mundo. Este artículo explora estas tendencias y proporciona una descripción general de cómo el arbitraje tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea, ha evolucionado para adaptarse a las necesidades de la sociedad moderna.

II. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

En Estados Unidos se regula el arbitraje en distintos cuerpos legales, tanto estatales como federales. Conjuntamente con la adopción de convenios la normativa ha ayudado a garantizar el cumplimiento con los acuerdos de arbitraje y a su desarrollo en el sector de consumo.

⁷ Christopher R. Drahozal & Raymond J. Friel, *Consumer Arbitration in the European Union and the United States* 28 N.C.J.INT'LL. 357, 358 (2002).

⁸ Hausfeld LLP, *Mandatory Arbitration in the United States and Europe*, LEXILOGY (29 de febrero de 2016) <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=55e3ffe2-4176-4dac-9e76-31bd93da9be7>. (última visita 15 de diciembre de 2023).

⁹ Daniel Centner & Megan Ford, *A Brief History of Arbitration*, AMERICAN BAR ASSOCIATION (19 de septiembre 2019), https://www.americanbar.org/groups/tort_trial_insurance_practice/publications/the_brief/2018-19/summer/a-brief-history-arbitration/. (última visita 15 de diciembre de 2023).

¹⁰ *Id.*

¹¹ THOMAS E. CARBONNEAU & HENRY ALLEN BLAIR, *CASES AND MATERIAL ON ARBITRATION LAW AND PRACTICE* 95 (8va Ed. 2019).

¹² Centner & Ford, *supra* nota 9.

¹³ *Id.*

A. Derecho Vigente

i. Legislación Federal

En el siglo XIX, los tribunales de Estados Unidos se negaban a exigir el cumplimiento específico de los acuerdos del contrato en materia de arbitraje.¹⁴ Los tribunales de Estados Unidos parecían pensar que esos acuerdos invadían las prerrogativas constitucionales del poder judicial.¹⁵ Con el propósito de superar esta hostilidad judicial y facilitar las transacciones comerciales, en 1925 el Congreso aprobó la Ley Federal de Arbitraje.¹⁶

La Ley Federal de Arbitraje estableció que los acuerdos o cláusulas de arbitraje son exigibles en los contratos de consumo, siempre y cuando no exista alguna otra razón que la invalide:

A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction...shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract...¹⁷

Es importante señalar, que la referida disposición es aplicable a contratos que discurren en el comercio interestatal. Los contratos o acuerdos que no se basen en el comercio interestatal se regirán por la ley estatal de arbitraje o por el acuerdo realizado por las partes. Igualmente, la Ley de Arbitraje Federal no aplica a los contratos realizados antes del 1 de enero de 1926.¹⁸

La Ley de Arbitraje Federal se compone de cuatro capítulos. Estos son: disposiciones generales;¹⁹ Convención de Nueva York;²⁰ Convención de Panamá²¹ y, disputas relacionadas con agresión sexual y acoso sexual.²² De conformidad con la Ley de Arbitraje Federal, la ejecución de acuerdos arbitrales, la confirmación de laudos arbitrales y la ejecución de sentencias basadas en órdenes que confirmen tales laudos no pueden denegarse sobre bases de la ley estatal adversa al arbitraje.²³ Además, la Ley de Arbitraje Federal establece varias disposiciones específicas en cuanto a la apelación de un laudo y en su mayoría están diseñadas para evitar que el proceso apelativo impida la resolución expedita de controversias mediante el arbitraje.²⁴ A su vez, no proporciona directriz alguna con respecto a la audiencia, límites en el descubrimiento de prueba, deposiciones u otros procedimientos de descubrimiento. De igual forma esta tampoco establece que el laudo deba ser por escrito o firmado por los árbitros.

En la ley no hay nada que disponga expresamente que en un contrato de consumo se pueda incluir o no un acuerdo de arbitraje. A falta de expresión en ese sentido, Estados Unidos permite a las entidades comerciales incorporar cláusulas de arbitraje en dichos

¹⁴ CARBONNEAU, *supra* nota 11.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ Scherk v. Alberto-Culver Co., 417 U.S. 506, 510-511 (1974). (“The United States Arbitration Act, now 9 U.S.C. s 1 et seq., reversing centuries of judicial hostility to arbitration agreements, was designed to allow parties to avoid ‘the costliness and delays of litigation,’ and to place arbitration agreements ‘upon the same footing as other contracts. . .’) H.R. Rep. No. 96, 68th Cong., 1st Sess., 1, 2 (1924); see also S. Rep. No. 536, 68th Cong., 1st Sess. (1924).”; véase además, AT&T Mobility LLC v. Concepcion, 563 U.S. 333 (2011).

¹⁷ 9 U.S.C.A. § 2.

¹⁸ *Id.* § 14.

¹⁹ *Id.* §§ 1-16.

²⁰ *Id.* §§ 201-208.

²¹ 9 U.S.C.A. §§ 301-307.

²² 9 U.S.C. §§ 401-402.

²³ 9 U.S.C.A § 15.

²⁴ *Id.* § 16.

contratos. En esta situación, el consumidor puede aceptar la cláusula o rechazar el contrato en su totalidad.²⁵

ii. Legislación Estatal

Los Estados de la unión federal norteamericana han promulgado leyes complementarias a la Ley Federal de Arbitraje para regir el arbitraje en sus respectivas jurisdicciones. Sin embargo, cuando surgen conflictos entre la Ley Federal de Arbitraje y la ley estatal, naturalmente prevalece la primera.²⁶

Además, algunas legislaturas estatales han establecido requisitos formales especiales destinados a promover una mayor conciencia o comprensión de los acuerdos de arbitraje.²⁷ Como ejemplo de tal esfuerzo se destaca la Ley de Arbitraje Uniforme de 1955.²⁸ La Comisión de Leyes Uniformes, también conocida como la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes fue el organismo que creó e impulsó la Ley de Arbitraje Uniforme.²⁹ De 49 jurisdicciones que tienen estatutos de arbitraje, 35 de estos adoptaron la Ley de Arbitraje Uniforme y 14 adoptaron una legislación sustancialmente similar.³⁰

En el 2000, la Comisión de Leyes Uniformes promulgó la Ley Uniforme de Arbitraje Revisada.³¹ A las disposiciones de la Ley Uniforme de Arbitraje Revisada se han acogido 19 Estados.³² El motivo principal de la reforma fue establecer las garantías y derechos de los consumidores que se vieran obligados a involucrarse en un proceso de arbitraje por virtud de contratos estandarizados.³³ Por lo tanto, la Ley Uniforme de Arbitraje Revisada incorpora muchas reglas procesales supletorias y múltiples elementos procesales obligatorios e irrenunciables. Entre otras cosas, la Ley exige expresamente la transparencia por parte de los árbitros;³⁴ establece requisitos para la notificación de vistas;³⁵ otorga a todas las partes el derecho a tener a comparecer con abogado;³⁶ autoriza específicamente a los árbitros a emitir citaciones, solicitar declaraciones y participar en el descubrimiento supervisado por el árbitro;³⁷ y permite una amplia gama de posibilidades, incluidos daños punitivos y honorarios de abogados según lo autorice la ley.³⁸ Además, le otorga únicamente a los tribunales la facultad de decidir si un acuerdo de arbitraje existe o si una controversia está

²⁵ Justinas Jarusevicius (Motieka y Audzevicius), *¿Convergirán los dos mundos diferentes al otro lado del océano?*, 25 de febrero de 2016, (25 de febrero de 2016), https://arbitrationblog-kluwerarbitration-com.translate.goog/2016/02/25/consumer-arbitration-will-the-two-different-worlds-across-the-ocean-converge/?_x_tr_sch=http&_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=es&_x_tr_hl=es-419&_x_tr_pto=sc (última visita 15 de diciembre de 2023).

²⁶ U.S. Const. art. VI, cl. 2; véase además, 9 U.S.C.A. § 2.

²⁷ Thomas J. Stipanowich, *The Arbitration Fairness Index: Using A Public Rating System to Skirt the Legal Logjam and Promote Fairer and More Effective Arbitration of Employment and Consumer Disputes*, 60 U. KAN. L. REV. 985, 1007-1008 (2012).

²⁸ *Id.* en la pág. 1008. Véase además, UNIF. ARBITRATION ACT §§ 1-25 (1955).

²⁹ Thomas J. Stipanowich, *The Arbitration Fairness Index: Using A Public Rating System to Skirt the Legal Logjam and Promote Fairer and More Effective Arbitration of Employment and Consumer Disputes*, 60 U. KAN. L. REV. 985, 1008 (2012).

³⁰ REFS & ANNOS, UNIF. ARBITRATION ACT § Preferatory Note (2000).

³¹ REVISED UNIF. ARBITRATION ACT §§ 1-33 (2000).

³² Antonio García Padilla, *Diálogos Sobre Derecho Mercantil*, 9 U.P.R. BUS. L.J. 122, 127 (2018).

³³ Stipanowich, *supra* nota 27, en la pág. 1008.

³⁴ REVISED UNIF. ARBITRATION ACT § 12.

³⁵ *Id.* § 15.

³⁶ *Id.* § 16.

³⁷ *Id.* § 17(a)-(c).

³⁸ *Id.* § 21(a)-(b).

sujeta a arbitraje.³⁹ Mientras el árbitro decide cuándo una condición que precede un arbitraje ha sido satisfecha y cuándo un contrato que contiene un acuerdo de arbitraje es ejecutable.⁴⁰

iii. Tratados

El 29 de diciembre de 1970, Estados Unidos se unió a la Convención de Nueva York.⁴¹ Esta Convención provee para la ejecución sumaria de los acuerdos y laudos arbitrales. Es decir, obliga a los signatarios a hacer cumplir los laudos arbitrales con excepciones basadas en la arbitrariedad de un asunto específico, o cuando la ejecución sería contraria a la política pública de la nación.⁴²

Como mencionamos, la Convención de Nueva York se convirtió en ley de Estados Unidos en 1970.⁴³ La primera oración de la sección 202 del segundo capítulo de la Ley Federal de Arbitraje establece que “[an] arbitration agreement or arbitral award arising out of a legal relationship, whether contractual or not, which is considered as commercial, including a transaction, contract, or agreement described in section 2 of this title, falls under the Convention.”⁴⁴ Por lo tanto, siempre que el acuerdo de arbitraje esté dentro del alcance de la sección dos, como es la mayoría de los acuerdos de arbitraje de consumo, se rigen por la Convención de Nueva York. La aplicación de la Convención de Nueva York a laudos y acuerdos arbitrales que surjan de relaciones “comerciales”, la Ley Federal de Arbitraje los limita a acuerdos entre ciudadanos estadounidenses y ciudadanos extranjeros.

B. Jurisprudencia en Estados Unidos

El Tribunal Supremo de Estados Unidos ha sostenido en repetidas ocasiones que la sección dos de la Ley Federal de Arbitraje refleja una política federal liberal que favorece el arbitraje y la ha interpretado de manera amplia.⁴⁵ Con base en esta interpretación, los tribunales han sostenido repetidamente que la Ley Federal de Arbitraje requiere que los tribunales reconozcan los acuerdos de arbitraje en los contratos de consumidores basados en la ley estatal.⁴⁶

El Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso de *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp.*,⁴⁷ estableció que la Ley Federal de Arbitraje aplica en los tribunales estatales y desplaza cualquier ley estatal contraria. En cuanto al particular, el Tribunal Supremo dispuso lo siguiente: “[s]ection 2 is a congressional declaration of a liberal federal policy favoring arbitration agreements, notwithstanding any state substantive

³⁹ Jean Paul Castro Lamberty, *La Aplicación Estatal De La Revised Uniform Arbitration Act (Ruaa)*, 12 U.P.R. BUS. L.J. 1, 5 (2021).

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ Convention Done at New York June 10, 1958; T.I.A.S. No. 6997 (Dec. 29, 1970). véase además, Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), NACIONES UNIDAS, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>.

⁴² Amy J. Schmitz, *Arbitration in the Age of Covid: Examining Arbitration's Move Online*, 22 CARDOZO J. CONFLICT RESOL. 245, 252 (2021).

⁴³ 9 U.S.C. §§ 201-208, véase, además Kevin Mason, *Will Discovery Kill Arbitration?*, 2020 J. DISP. RESOL. 207, 209 (2020).

⁴⁴ *Id.* § 202.

⁴⁵ *CompuCredit Corp. v. Greenwood*, 132 S. Ct. 665, 669 (2012) (quoting *Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1, 24 (1983)); *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 131 S. Ct. 1740, 1745 (2011); *Hall St. Assocs. L.L.C. v. Mattel, Inc.*, 552 U.S. 576, 581 (2008); *EEOC v. Waffle House, Inc.*, 534 U.S. 279, 289 (2002); *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20, 25 (1991); *Perry v. Thomas*, 482 U.S. 483, 489 (1987); véase además, Stephanie Drotar, *Breaking "Too Darn Bad": Restoring the Balance Between Freedom of Contract and Consumer Protection*, 59 N.Y.L. SCH. L. REV. (2015).

⁴⁶ Stephanie Drotar, *Breaking "Too Darn Bad": Restoring the Balance Between Freedom of Contract and Consumer Protection*, 59 N.Y.L. SCH. L. REV. (2015) en la pág. 608.

⁴⁷ *Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1 (1983).

or procedural policies to the contrary.”⁴⁸ Sobre dicha premisa, la Corte sostuvo: “any doubts concerning the scope of arbitrable issues should be resolved in favor of arbitration, whether the problem at hand is the construction of the contract language itself or an allegation of waiver, delay, or a like defense to arbitrability.”⁴⁹

Este concepto fue posteriormente reiterado en el caso de *Southland Corp. v. Keating*.⁵⁰ En *Southland* se alegó violación de los requisitos de divulgación de la Ley de Inversiones de Franquicias de California. El Tribunal Supremo de California sostuvo que la Ley de Inversión de Franquicias no invalidaba los acuerdos de arbitraje.⁵¹ Esta opinión emitida en el caso de *Southland Corp* fue a su vez confirmada en la decisión de la Corte de *Green Tree Fin. Corp. v. Randolph*,⁵² en donde hubo reclamos bajo la Ley de Veracidad en los Préstamos y la Ley de Igualdad de Oportunidades de Crédito.

Por otro lado, los reclamos legales que se encuentran dentro del alcance del acuerdo de arbitraje también son manejados bajo la Ley Federal de Arbitraje. Así se estableció en el caso de *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*,⁵³ mediante el cual se presentó una contrademanda por violaciones de la Ley Sherman, la Ley del Día de los Concesionarios de Automóviles en los Tribunales, la Ley de Concesionarios de Puerto Rico y las leyes antimonopolio y de competencia desleal de Puerto Rico. En este caso el Tribunal reiteró que la Ley Federal de Arbitraje “creates a body of federal substantive law establishing and regulating the duty to honor an agreement to arbitrate.”⁵⁴ Sobre la base de este principio, las partes deben arbitrar reclamos legales si los reclamos se encontraban dentro del alcance del acuerdo de arbitraje realizado por estas. A su vez, el Tribunal aplicó la normativa de *Moses H. Cone* al concluir que las intenciones de las partes con respecto al alcance de las controversias sujetas a arbitraje deben ser “generously construed.”⁵⁵ El Tribunal además señaló que “adaptability and access to expertise are hallmarks of arbitration.”⁵⁶

En *AT&T Mobility v. Concepcion*,⁵⁷ ocurre un desarrollo interesante en el marco regulador del sistema arbitral de Estados Unidos. Este fue uno de los primeros casos en los que el Tribunal abordó directamente el asunto de arbitraje colectivo. El Tribunal Supremo de Estados Unidos, sostuvo que la Ley Federal de Arbitraje prevalece sobre la ley del Estado de California.⁵⁸ Bajo la mencionada ley, los contratos de consumidores que contienen cláusulas de renuncia a procedimientos colectivos resultaban nulos o inválidos. En *AT&T Mobility* el Tribunal no permitió que el procedimiento continuara mediante arbitraje colectivo. El Tribunal dispuso que la Ley Federal de Arbitraje se adelantó a la ley estatal de California, al establecer previamente que el arbitraje colectivo es inconsistente con los objetivos del Arbitraje.

Debemos señalar que, en el referido caso, la familia Concepción inicialmente entabló una demanda colectiva en contra de AT&T por fraude. Afirmó que AT&T le había prometido un teléfono gratis, pero en cambio les había cobrado \$30.22, el impuesto sobre la venta, según lo exige la ley de California. AT&T solicitó el arbitraje debido a que los términos del controversial contrato incluían una disposición de arbitraje que fundamentalmente prohibía los procedimientos colectivos. Sin embargo, aunque los Concepción habían firmado el

⁴⁸ *Id.* en la pág. 24.

⁴⁹ *Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1 en las págs. 24-25, 103.

⁵⁰ *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1, 10 (1984).

⁵¹ *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. en las pág. 5.

⁵² *Green Tree Fin. Corp. v. Randolph*, 531 U.S. 79 (2000).

⁵³ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 625 (1985); véase además, Hannah Myslik, *Attempting-and Failing-to Balance Fairness and Efficiency in the Arbitral System: How Arbitration Institutions Are Defeating the Purpose of Arbitration*, 8 TEX. A&M L. REV. 583, 586 (2021).

⁵⁴ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 105 S. Ct. 3346, 3353, 87 L. Ed. 2d 444 (1985) (quoting *Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1, 25 n.32 (1983)).

⁵⁵ *Id.* en la pág. 626.

⁵⁶ *Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 5 (1985).

⁵⁷ *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 563 U.S. 333 (2011).

⁵⁸ *Id.*

acuerdo de arbitraje que prohibía el uso de procedimientos colectivos, estos finalmente argumentaron que bajo la ley de California los contratos de consumidores que contienen cláusulas de renuncias a procedimientos colectivos no eran válidos. Tanto el tribunal de distrito federal, como el Noveno Circuito coincidieron con los argumentos planteados por la parte de los Concepción, al declarar que las disposiciones sobre renuncias a acciones colectivas no son compatibles con la ley de California.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos revocó y dispuso que la ley de California era inconsistente con la Ley Federal de Arbitraje.⁵⁹ En lo pertinente, el Tribunal Supremo determinó que el arbitraje colectivo es un obstáculo para el logro y la ejecución de todos los propósitos y objetivos del Congreso al promulgar la Ley Federal de Arbitraje.⁶⁰ En específico, el Tribunal Supremo señaló:

*Classwide arbitration includes absent parties, necessitating additional and different procedures and involving higher stakes. Confidentiality becomes more difficult. And while it is theoretically possible to select an arbitrator with some expertise relevant to the class-certification question, arbitrators are not generally knowledgeable in the often-dominant procedural aspects of certification, such as the protection of absent parties. The conclusion follows that class arbitration...is inconsistent with the FAA.*⁶¹

El Tribunal señaló que el arbitraje colectivo requiere un nivel de formalidad que es incompatible con el arbitraje.⁶² Asimismo, el Tribunal señaló que los arbitrajes colectivos aumentan los riesgos para el demandado debido a que, en una acción colectiva, el demandado enfrenta una gran cantidad de reclamos y daños significativos, y en el arbitraje, los errores graves cometidos por el panel de arbitraje podrían de esta forma evadir la revisión judicial.⁶³

Recientemente, en 2019, mediante el caso de *Lamps Plus, Inc. v. Varela*⁶⁴, el Tribunal más allá de defender la validez de las renuncias de acciones colectivas, dispuso que las partes sólo pueden arbitrar a nivel colectivo si el acuerdo establece explícitamente que existe una reparación colectiva disponible. En este caso, el señor Frank Varela demandó a su patrono Lamps Plus en un tribunal federal de distrito. El tribunal de distrito permitió a solicitud del demandado de que el proceso se llevará a cabo mediante arbitraje. Además, el tribunal autorizó que el caso procediera como una acción colectiva. El Noveno Circuito confirmó. Este sostuvo que el acuerdo de arbitraje era ambiguo en cuanto a la opción para el remedio de una acción colectiva. Así las cosas, el Circuito aplicó la ley de California, la cual establece que cualquier ambigüedad en un contrato de adhesión se interpretará en contra del redactor de la misma. Debido a que Lamps Plus fue el redactor, el Noveno Circuito interpretó que el acuerdo de arbitraje entonces permitía el arbitraje colectivo.

El Tribunal Supremo revocó y dispuso que:

*Class arbitration sacrifices the principal advantage of arbitration, its informality, and makes the process slower, more costly, and more likely to generate procedural morass than final judgment.*⁶⁵ Because of these crucial

⁵⁹ AT&T Mobility LLC v. Concepcion, 563 U.S. 333 en las págs. 64, 343.

⁶⁰ Hannah Myslik, *Attempting-and Failing-to Balance Fairness and Efficiency in the Arbitral System: How Arbitration Institutions Are Defeating the Purpose of Arbitration*, 8 TEX. A&M L. REV. 583, 585 (2021).

⁶¹ AT&T Mobility LLC, 563 U.S. en la pág. 348.

⁶² *Id.* en la pág. 348.

⁶³ *Id.* en la pág. 350.

⁶⁴ *Lamps Plus, Inc., v. Varela*, 139 S. Ct. 1407, 1415 (2019).

⁶⁵ *Id.* (citando a *Concepcion*, 563 U.S. 333 en la pág. 348).

*differences between individual and class arbitration, [...] is reason to doubt the parties mutual consent to resolve disputes through classwide arbitration.*⁶⁶

Por lo tanto, la ambigüedad no provee base suficiente para concluir que las partes en un contrato de arbitraje acordaron sacrificar la principal ventaja del arbitraje. En este caso, la Ley Federal de Arbitraje desplazó la ley de California y a Varela no le fue permitido arbitrar como miembro de la clase.

C. Arbitraje en Estados Unidos

La Ley Federal de Arbitraje no define el término arbitraje.⁶⁷ Además, los tribunales rara vez se detienen a considerar dicha definición.⁶⁸ No obstante, la falta de definiciones en la ley y en la jurisprudencia no debería sugerir que las definiciones sean difíciles de conseguir. Por ejemplo, el *Black's Law Dictionary* define el arbitraje como “[t]he reference of a dispute to an impartial (third) person chosen by the parties to the dispute who agree in advance to abide by the arbitrator's award issued after a hearing at which both parties have an opportunity to be heard.”⁶⁹ También el arbitraje se ha definido como “a contractual proceeding of common law origin by which the parties consent to submit the matter for determination to a neutral third party rather than to the tribunals provided by the ordinary processes of the law.”⁷⁰ El arbitraje no puede imponerse sin el consentimiento previo de ambas partes, y sus procedimientos se derivan únicamente del acuerdo previo de las partes y en su caso por la ley o los reglamentos de las agencias administradoras de los asuntos arbitrales.

i. Características

Como primera característica, el arbitraje se distingue de los procedimientos judiciales en cuanto a que el juzgador es un árbitro que no forma parte del sistema judicial.⁷¹ Este último no necesita ser ciudadano de Estados Unidos ni tener licencia para actuar como árbitro. Además, la controversia puede ser evaluada por uno o más árbitros.⁷²

Segundo, el arbitraje como se ha dicho es de naturaleza contractual.⁷³ Para ello, las partes pueden incluir una cláusula de arbitraje dentro del contrato de consumo o incorporar el acuerdo de arbitraje por referencia a otro documento que sea exigible entre estos.⁷⁴ En el acuerdo pueden designar el conjunto de reglas procesales que regirá el arbitraje y adaptarlo a las necesidades de una controversia en particular.⁷⁵ De ahí que las partes pueden influir en el procedimiento mucho más de lo que es posible en los procedimientos judiciales. Como

⁶⁶ *Lamps Plus, Inc. v. Varela* en las págs. 63, 203 L. Ed. 2d 636, 139 S. Ct. 1407, 1416 (2019) (quoting *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.*, 559 U.S. at 687, 685–686, 130 S.Ct. 1758, 176 L. Ed. 2d 605 (2010)).

⁶⁷ Daniel Burkhardt, *Agree to Disagree: The Circuit Split on the Definition of "Arbitration"*, 92 U. DET. MERCY L. REV. 57 (2015).

⁶⁸ Niall Mackay Roberts, *Definitional Avoidance: Arbitration's Common-Law Meaning and the Federal Arbitration Act*, 49 U.C. DAVIS L. REV. 1547, 1560 (2016).

⁶⁹ *Id.*; véase además, *Black's Law Dictionary* 125 (10th Ed. 2014).

⁷⁰ Maria Elaine Buccieri J.D.; Paul M. Coltoff, J.D., and Karl Oakes, J.D., *CORPUS JURIS SECUNDUM*, March 2023, véase además, Roberts, *supra* nota 73.

⁷¹ *Glossary, Consumer Arbitration Rules*, AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, adr.org/consumer, en la pág. 30, https://adr.org/sites/default/files/Consumer-Rules-Web_o.pdf. (última visita 15 de diciembre de 2023).

⁷² *Id.* en la pág. 18.

⁷³ *Arbitration vs. litigation: the differences*, THOMSON REUTERS, October 4, 2022, <https://legal.thomsonreuters.com/blog/arbitration-vs-litigation-the-differences/>.

⁷⁴ *Arbitration vs. Litigation in the US by Practical Law Litigation and Practical Law Arbitration*, THOMSON REUTERS PRACTICAL LAW [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-006-5897?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-006-5897?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true) (última visita 15 de diciembre de 2023).

⁷⁵ *Id.*

alternativa adicional las partes pueden remitirse a una institución arbitral especializada y que sea esta la que administre el arbitraje según sus propias normas.

En el arbitraje no administrado no existe una institución arbitral responsable de realizar los servicios administrativos del caso. Se le conoce también como arbitraje *ad hoc*. Es común en el arbitraje *ad hoc* que las partes conduzcan el caso utilizando como referencia las reglas de una institución arbitral de su elección.⁷⁶ Mediante este tipo de arbitraje, las partes nombran a los árbitros y también establecen las normas del procedimiento arbitral y cualquier otra cuestión relativa al arbitraje.⁷⁷ Por lo tanto, los árbitros estarán sujetos a las reglas y procedimientos acordados por las partes en la cláusula de arbitraje.⁷⁸ Dicho de otra manera, un árbitro no está obligado a cumplir con las reglas de evidencia federal o estatal, ni con las reglas procesales. Asimismo, toda vez que la Ley de Arbitraje no proporciona pautas con respecto al descubrimiento, las partes tienen la libertad de establecer que tipos y que cantidad de descubrimiento de prueba será permisible.⁷⁹

En cuanto a los arbitrajes administrados, un foro de arbitraje u organización de proveedores es el que brinda los servicios de arbitraje y proporciona las reglas y los procedimientos por los cuales se regirá este.⁸⁰ Dichas organizaciones proporcionan los árbitros y también ayudan a las partes a resolver múltiples cuestiones procesales que pueden surgir durante un arbitraje.⁸¹ A cambio de una tarifa, las organizaciones proveedoras esencialmente procesan la controversia arbitrada; abren un expediente, proveen asistencia a las partes para seleccionar mutuamente un árbitro o un panel, cobran y desembolsan los honorarios de la organización y del árbitro; presentan solicitudes mediante moción, crean un panel de árbitros expertos y publican las reglas de procedimiento para los arbitrajes.⁸² Algunos proveedores de estos servicios tienden a enfocarse en un tipo particular de controversias, mientras que otros brindan servicios de arbitraje para una amplia gama de industrias.⁸³ En Estados Unidos hay dos instituciones principales de arbitraje nacional: la Asociación Americana de Arbitraje y la JAMS.⁸⁴

En particular, la Asociación Americana de Arbitraje, se formó en 1926, un año después de que el Congreso promulgara la Ley Federal de Arbitraje.⁸⁵ Es una entidad sin fines de lucro que administra los arbitrajes y dio a conocer un modelo fundamentalmente nuevo, que busca crear un sistema de “arbitraje organizado”.⁸⁶ Mediante este las controversias serían manejadas metódicamente bajo reglas uniformes de procedimiento.⁸⁷ La Asociación Americana de Arbitraje proporciona reglas de arbitraje comercial, reglas de arbitraje laboral y reglas de arbitraje de consumo, junto con una amplia gama de reglas de arbitraje específicas de la industria.⁸⁸

⁷⁶ Javier De Lozar, *Aspectos generales del procedimiento arbitral*, *Revista de Arbitraje y mediación en el ámbito arrendaticio*, BD-DERECHO-BASES DE DATOS -UNIVERSIDAD DE PUERTO RICO (2017) https://app-vlex-com.uprrp.idm.oclc.org/#search/jurisdiction:PR,ES+inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1/Javier+De+Lozar%2C+Aspectos+generales+del+procedimiento+arbitral/vid/aspectos-generales-procedimiento-arbitral-696515441 (última visita 15 de diciembre de 2023).

⁷⁷ *Supra* nota 74.

⁷⁸ De Lozar, *supra* nota 76.

⁷⁹ David Horton, *The Arbitration Rules: Procedural Rulemaking by Arbitration Providers*, 105 MINN. L. REV. 619, 634 (2020).

⁸⁰ *Supra* nota 74.

⁸¹ *Id.*

⁸² De Lozar, *supra* nota 76.

⁸³ Horton, *supra* nota 79.

⁸⁴ *Id.*, Véase también, JAMS, anteriormente conocida como Judicial Arbitration and Mediation Services, Inc., *The JAMS Name*, JAMS, <https://www.jamsadr.com/about-the-jams-name/> (última visita 15 de diciembre de 2023).

⁸⁵ Horton, *supra* nota 79.

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ Horton, *supra* nota 79, en la pág. 627.

⁸⁸ *Id.* en la pág. 634.

Por otro lado, los protocolos administrados por la Asociación Americana de Arbitraje surgieron a consecuencia de preocupaciones sobre justicia para los consumidores.⁸⁹ Esto impulsó el desarrollo de lo que son pautas de autorregulación aplicables a las organizaciones que brindan servicios de resolución de controversias.⁹⁰ Las regulaciones se centran en garantizar que el arbitraje sea equitativo, que se lleve a cabo de manera imparcial y que exista transparencia en los procedimientos.⁹¹

En lo particular, el Protocolo del Debido Proceso del Consumidor se desarrolló a mediados de la década de los noventa del Siglo XX.⁹² La Asociación Americana de Arbitraje y otras instituciones se involucraron en esfuerzos de colaboración destinados para establecer estándares mínimos a ser garantizados en el arbitraje de consumo creando así un Protocolo de Debido Proceso del Consumidor.⁹³ Este fue uno de los primeros esfuerzos significativos que crearon expectativas comunes para un proceso justo de resolución de controversias.⁹⁴ Este protocolo comprende de quince principios, cada uno de los cuales tiene como objetivo que el proceso de resolución alternativa de conflictos sea fundamentalmente justo.⁹⁵ La importancia del Protocolo de Debido Proceso del Consumidor es tan significativa que sirvió como modelo para las reglas de Procedimientos Complementarios de Controversias Relacionadas con el Consumidor de la Asociación Americana de Arbitraje e influyó en las iniciativas de otras instituciones.⁹⁶

Por otro lado, la JAMS, fue fundada en 1978, por el ex juez de primera instancia H. Warren Knight.⁹⁷ Mientras que la Asociación Americana de Arbitraje es sin fines de lucro, la JAMS opera como una firma de abogados con fines de lucro, siendo sus árbitros los socios con participaciones en el capital social de la empresa.⁹⁸ Esta se presenta como la organización que, de ordinario, es elegida para asuntos complejos y de alto riesgo.⁹⁹ A su vez, la JAMS desarrolló su propia Política sobre Arbitrajes de Consumidores de conformidad con los Estándares Mínimos de Equidad Procesal.¹⁰⁰ La Política aborda la mayoría de las mismas preocupaciones procesales que el Protocolo de Debido Proceso del Consumidor, pero utilizando un lenguaje distinto.¹⁰¹

⁸⁹ Thomas J. Stipanowich, *The Arbitration Fairness Index: Using A Public Rating System to Skirt the Legal Logjam and Promote Fairer and More Effective Arbitration of Employment and Consumer Disputes*, 60 U. KAN. L. REV. 985, 1013 (2012).

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ *Id.*

⁹² *Id.* Véase también, *Consumer Due Process Protocol, Reporter's Comments* (1997), AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, <http://www.adr.org>.

⁹³ *Nat'l Consumer Disputes Advisory Comm. & Am. Arbitration Ass'n, Consumer Due Process Protocol* (1997), AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, <http://www.adr.org> (última visita 15 de diciembre de 2023).

⁹⁴ *Id.*

⁹⁵ *Consumer Due Process Protocol Statement of Principles*, AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Consumer%20Due%20Process%20Protocol%20%281%29.pdf (última visita 15 de diciembre de 2023).

⁹⁶ *Consumer-Related Disputes Supplementary Procedures*, AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, <https://www.adr.org/sites/default/files/Consumer-Related%20Disputes%20Supplementary%20Procedures%20Sep%2015%2C%202005.pdf> (última visita 15 de diciembre de 2023).

⁹⁷ Horton, *supra* nota 92, en la pág. 637.

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ Horton, *supra* nota 92.

¹⁰⁰ JAMS *supra* nota 84.

¹⁰¹ JAMS *supra* nota 84 (La Política de JAMS sobre Arbitrajes de Consumidores establece los siguientes "estándares mínimos para los procedimientos de arbitraje": (1) El acuerdo de arbitraje debe ser recíprocamente vinculante para todas las partes de modo que: A) si un consumidor debe arbitrar sus reclamaciones o todas las reclamaciones de cierto tipo, la empresa está obligada a hacerlo; y B) no se impedirá que ninguna de las partes busque recursos en un tribunal por controversias dentro del ámbito de su jurisdicción. (2) El consumidor debe ser notificado de la cláusula vinculante. Su existencia, términos, condiciones e implicaciones deben ser claras. (3) Los recursos que de otro modo estarían disponibles para el consumidor según las leyes federales, estatales o locales aplicables deben seguir estando disponibles en virtud de la cláusula de arbitraje, a menos que el consumidor conserve el derecho de buscar los recursos no disponibles en los tribunales. (4) El(los) árbitro(s) debe(n) ser neutral(es) y el

En el caso de los contratos de consumo internacional existen instituciones que administran dicho proceso de arbitraje tales como: el Centro Internacional para la Resolución de Disputas, la Cámara de Comercio Internacional, el Instituto CPR para la Prevención y Resolución de Conflictos, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres y el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur. Es pertinente señalar que alrededor del noventa por ciento de los contratos internacionales incluyen una disposición de arbitraje vinculante.¹⁰²

En cuanto a la tercera característica, el arbitraje se considera como un método de resolución de controversias más rápido que el proceso del litigio. Un estudio realizado por la firma de investigación económica *Micronomics*, cuantificó las diferencias de tiempo desde el inicio de un caso y hasta su determinación final en litigio versus arbitraje.¹⁰³ Este estudio concluyó que el arbitraje acelera el ritmo de la resolución de controversias.¹⁰⁴ A su vez, se determinó que los tribunales federales tardan mucho más en resolver los casos mediante juicio y apelación que el arbitraje.¹⁰⁵ En específico, de acuerdo con el estudio, en promedio, los casos de los tribunales del Distrito de Estados Unidos tardaron unos 12 meses más en llegar a juicio en su fondo que los casos adjudicados mediante arbitraje (24.2 frente a 11.6 meses).¹⁰⁶ Asimismo, los casos ante los tribunales de Distrito y de Circuito de Estados Unidos requirieron en promedio al menos 21 meses más de lo que finalmente tardó el proceso de arbitraje para resolver controversias cuando el caso pasó por apelación (33.6 frente a 11.6 meses).¹⁰⁷

Como cuarta particularidad notoria, el arbitraje comúnmente es más económico que el litigio.¹⁰⁸ Generalmente la razón de esto es debido a que el descubrimiento de prueba es más limitado que en los procedimientos judiciales. Además, las partes tienen la potestad y flexibilidad de modificar el proceso para adaptarlo a sus necesidades y establecer un costo límite.¹⁰⁹ En cuanto al asunto del costo, las instituciones de arbitraje tales como la JAMS y la Asociación Americana de Arbitraje instituyeron como estándar el que en arbitrajes presentados por consumidores, la parte demandada sea la parte que asuma los costos del proceso, excepto por la tarifa de presentación inicial que le corresponde costear al consumidor.¹¹⁰

consumidor debe tener una oportunidad razonable de participar en el proceso de elección del(los) árbitro(s). (5) El consumidor debe tener derecho a una audiencia en persona en el área de su ciudad natal. (6) La cláusula o los procedimientos no deben desalentar el uso de un abogado. (7) Con respecto al costo del arbitraje, cuando un consumidor inicia un arbitraje contra la empresa, la única tarifa que debe pagar el consumidor es de \$250, que es aproximadamente equivalente a las tarifas actuales de presentación del tribunal. Todos los demás costos deben correr a cargo de la empresa, incluidos los honorarios restantes de administración de casos de JAMS y todos los honorarios profesionales por los servicios del árbitro. Cuando la empresa es la parte reclamante que inicia un arbitraje contra el consumidor, la empresa deberá pagar todos los costos asociados con el arbitraje. (8) En California, la disposición de arbitraje puede no requerir que el consumidor pague los honorarios y costos incurridos por la parte contraria si el consumidor no gana. (9) La disposición de arbitraje debe permitir el descubrimiento o intercambio de información no privilegiada relevante para la controversia. (10) El laudo de un árbitro consistirá en una declaración escrita que establezca la disposición de cada reclamo. El laudo también proporcionará una declaración escrita concisa de los hallazgos y conclusiones esenciales en los que se basa el mismo (traducción suplida).

¹⁰² *Id.* en la pág. 514.

¹⁰³ *Measuring the Costs of Delays in Dispute Resolution*, AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, <https://go.adr.org/impactsofdelay.html> (última visita 15 de diciembre de 2023).

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ *Arbitration vs. Litigation in the US by Practical Law Litigation and Practical Law Arbitration*, *supra* nota 74.

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ Thomas I. Elkind, Esq., *Some Large Companies Are No Longer Requiring Consumers and Employees to Waive Class Action Claims*, JAMS ADR (7 de abril de 2022), <https://www.jamsadr.com/blog/2022/some-large-companies-are-no-longer-requiring-consumers-and-employees-to-waive-class-action-claims>.

En la quinta peculiaridad del arbitraje se encuentra el hecho de que las partes resuelven la controversia en un foro privado.¹¹¹ A diferencia de los litigios en los tribunales de Estados Unidos que se llevan a cabo en una vista pública e involucran documentos presentados públicamente y accesibles para cualquier persona, un proceso de arbitraje generalmente involucra aspectos no públicos.¹¹² En efecto, los intercambios de documentos, archivos de papel y vistas se realizan en espacios privados tales como una sala de conferencias privada. Ahora bien, aunque generalmente es privado no quiere decir que sea automáticamente confidencial.¹¹³ Para garantizar la confidencialidad de los procedimientos de arbitraje las partes deben celebrar un acuerdo de arbitraje que adopte reglas de arbitraje institucional que requieran confidencialidad, que proporcione la normativa de la ley del estado, de haberla, que requiera confidencialidad o contenga una disposición válida de confidencialidad amplia.¹¹⁴ La confidencialidad en el arbitraje es una característica importante que se debe considerar al redactar el acuerdo, esto porque las partes a menudo optan por arbitrar una controversia para evitar la difusión pública de información.¹¹⁵

Sexto, similar al sistema judicial de Estados Unidos, en el arbitraje las partes pueden comparecer al procedimiento bajo derecho propio en lugar de con un abogado.¹¹⁶ Cuando un consumidor opta por comparecer con representación legal al procedimiento de arbitraje, generalmente, con anterioridad y mediante el acuerdo de arbitraje, las partes establecen los honorarios a ser pagados. En cuanto a este asunto, consideramos importante señalar, que tanto en los procedimientos ante los tribunales de Estados Unidos como en los procedimientos de arbitraje, los consumidores representados por un abogado tienen más probabilidades de obtener algún tipo de compensación económica que aquellos que comparecen *pro se* y sus indemnizaciones también tienden a ser mayores.¹¹⁷

Por último, en cuanto a la modalidad de demandas colectivas en procesos de arbitraje, actualmente existen desafíos interpretativos para el Tribunal debido a que la Ley Federal de Arbitraje ha sido silente en cuanto al tema. Sumado a ello, el Congreso promulgó la Ley Federal de Arbitraje en 1925, antes de que se legislara la Regla 23 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil la cual establece el procedimiento a llevarse a cabo para demandas de Clase.¹¹⁸ Sin embargo, en el 2022 el Congreso modificó la Ley Federal de Arbitraje para prohibir que el acuerdo de arbitraje incluyera, previo al surgimiento de una controversia, una cláusula mediante la cual se renuncia a participar en una acción colectiva.¹¹⁹ Esta provisión, aplica únicamente para arbitrajes relacionados con asuntos de agresión sexual y acoso sexual.¹²⁰ Aparte de lo anterior, el Congreso no agregó ningún texto adicional para clarificar la disponibilidad de acciones colectivas en ningún otro arbitraje. Pese a ello, la Ley Federal de Arbitraje adoptó los requisitos de certificación de clase de las Reglas Federales de Procedimiento Civil y, en contravención de sus reglas normales de confidencialidad, exige que los arbitrajes colectivos se realicen abiertamente.

¹¹¹ Emerson and Hunt, *Arbitration vs. litigation: the differences*, THOMSON REUTERS (October 4, 2022), <https://legal.thomsonreuters.com/blog/arbitration-vs-litigation-the-differences/#:~:text=In%20arbitration%2C%20the%20decision%20is,settles%20without%20going%20to%20trial.>

¹¹² *Confidentiality in US Arbitration*, PRACTICAL LAW ARBITRATION, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-002-7851?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-002-7851?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)) (última visita 15 de diciembre de 2023).

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ EMERSON AND HUNT, *supra* nota 111, en la página 506.

¹¹⁷ Rebecca L. Sandefur, *The Impact of Counsel: An Analysis of Empirical Evidence*, 9 SEATTLE J. SOC. JUST. 51, 69-70 (2010).

¹¹⁸ FED. R. CIV. P. 23.

¹¹⁹ Kristen M. Blankley, *The Future of Arbitration Law?*, 2022 J. DISP. RESOL. 51, 55 (2022).

¹²⁰ *Id.*

ii. Pasos y Procedimientos

El arbitraje se inicia con la presentación de la demanda y el pago de la tarifa correspondiente, de ser aplicable.¹²¹ El siguiente paso es elegir un lugar en donde se llevará a cabo la audiencia de arbitraje.¹²² Generalmente la demanda contiene el lugar de la audiencia junto con la base de la controversia, los nombres y direcciones de las partes, la cantidad reclamada, y la solicitud del reclamante.¹²³ Por lo tanto, a menudo el lugar está previsto en la demanda. De lo contrario, las partes pueden elegir el lugar para la audiencia. Asimismo, las partes eligen al árbitro o árbitros.¹²⁴

En su contrato las partes pueden haber especificado, por adelantado, un árbitro en particular. En el caso en que las partes no hayan designado un árbitro por adelantado, se debe designar un único árbitro. Si el arbitraje es administrado, la organización de arbitraje puede determinar que tres árbitros son los apropiados a un caso tomando en cuenta el tamaño, la complejidad, u otras circunstancias de este. En ese caso, la organización que administra el proceso envía a cada parte una lista de árbitros disponibles de su región geográfica y cada uno selecciona uno o más nombres de la lista. De las partes no lograr ponerse de acuerdo sobre alguna de las personas enumeradas, la organización tiene la facultad de nombrar árbitros.

En cuanto a la hora, el lugar, y la forma en que se llevarán a cabo las audiencias, esto generalmente lo determinan los árbitros después de consultar con las partes.¹²⁵ Tanto si el arbitraje es administrado o no administrado, generalmente se celebra una conferencia preliminar al comienzo del caso para diseñar la estructura del procedimiento y luego el tribunal arbitral consigna en una orden procesal.¹²⁶ Se hace todo lo posible para brindarles a todos, árbitros y litigantes, la oportunidad de programar las audiencias en un momento conveniente. Por lo general, las audiencias de arbitraje son informales.

Por su parte, en cuanto a la ley sustantiva y procesal que debe seguir un árbitro, si el arbitraje es administrado, tanto la JAMS como la Asociación Americana de Arbitraje proporcionan reglas que abordan el asunto. En específico, la Regla 24(c) de las Reglas y Procedimientos Integrales de Arbitraje de la JAMS establece:

El Árbitro se guiará por las reglas de derecho acordadas por las Partes. A falta de tal acuerdo, el Árbitro se guiará por las normas de derecho y equidad que estime más adecuadas. El Árbitro puede otorgar cualquier remedio o compensación que sea justo y equitativo y que esté dentro del alcance del Acuerdo de las Partes, lo que incluye, entre otros, la ejecución específica de un contrato o cualquier otro remedio equitativo o legal.¹²⁷

La regla de la JAMS se puede leer para dar al árbitro una amplia flexibilidad en la elaboración de lo que él o ella cree que es un laudo apropiado solo "guiado por" y no sujeto a la ley.

¹²¹ Sasha Begum et al., *Alternative Dispute Resolution*, 2021 STATE BAR OF TEXAS TXCLE, (última visita 15 de diciembre de 2023).

¹²² *Id.*

¹²³ *Id.*

¹²⁴ *Consumer-Related Disputes Supplementary Procedures*, AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, <https://www.adr.org/sites/default/files/Consumer-Related%20Disputes%20Supplementary%20Procedures%20Sep%2015%2C%202005.pdf> (última visita 15 de diciembre de 2023).

¹²⁵ Carmen Tapia Torán, *El Arbitraje En Estados Unidos*, ICAI-ICADE (2017), <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/12252/TFG%2C%20Tapia%20Tor%C3%83%C2%Ain%2C%20Carmen.pdf?sequence=1> (última visita 15 de diciembre de 2023).

¹²⁶ *Id.*

¹²⁷ *JAMS Comprehensive Arbitration Rules & Procedures*, JAMS (June 1, 2021), <https://www.jamsadr.com/rules-comprehensive-arbitration/#Rule-24> (última visita 15 de diciembre de 2023) (traducción suplida).

Con relación al descubrimiento, la Ley Federal de Arbitraje no hace mención de las deposiciones ni a ningún otro procedimiento de descubrimiento de prueba.¹²⁸ Por consiguiente, si el arbitraje no es administrado, y el contrato es silente sobre los parámetros del descubrimiento, el árbitro debe preguntar si las partes han llegado a un acuerdo posterior al surgimiento de la controversia en cuanto a este tema. Si es así, el trabajo del árbitro consiste en cumplir de manera justa y objetiva el acuerdo de las partes. Si es, al contrario, que la relación entre las partes es tal que no pueden llegar a un acuerdo, entonces el árbitro debe aprovechar la oportunidad en una conferencia previa para discutir los parámetros del descubrimiento de prueba e indagar sobre lo que necesita cada parte para probar su caso. Ante este escenario, el árbitro podría permitirle a cada parte comentar sobre lo solicitado por la otra parte, limitar las expediciones de pesca y las solicitudes onerosas, pero permitir que se satisfagan las necesidades documentales legítimas, entre otras. Es importante señalar que la divulgación de documentos en el proceso de arbitraje generalmente resulta limitada y está estrechamente adaptada. Además, las deposiciones, de ordinario, no serán favorecidas.

Luego de la audiencia, se emitirá un laudo y será necesario la ejecución del mismo. Para la ejecución del laudo, la Ley Federal de Arbitraje establece, como límite, un año después de emitido para solicitar el cumplimiento.¹²⁹ En cuanto a un laudo arbitral extranjero, el plazo de prescripción en Estados Unidos para hacer cumplir el mismo es de tres años, contados luego de dictado dicho laudo arbitral.¹³⁰ Si un tribunal extranjero dictó sentencia sobre un laudo arbitral, puede haber requisitos de la ley estatal sobre la ejecución de la sentencia extranjera. Una vez que se ingresa una sentencia extranjera, la mayoría de los estados tienen determinados plazos para hacer cumplir esas sentencias.¹³¹ Los laudos arbitrales son generalmente ejecutables en los tribunales de Estados Unidos sujeto a las excepciones previstas en la Ley Federal de Arbitraje. Cada estado también tiene sus propias leyes sobre el cumplimiento de los laudos arbitrales que siguen de cerca la Ley Uniforme de Arbitraje.

Por otra parte, frente a un laudo, no existe derecho a apelar. A manera de excepción, algunas instituciones arbitrales prevén la opción de la apelación, pero esto debe ser estipulado por las partes en el acuerdo de arbitraje o en un acuerdo de sumisión posterior. Las apelaciones bajo estas reglas están disponibles por un error de derecho material y lesivo o por determinaciones de hecho claramente erróneas.¹³²

Más bien, la parte perdedora finalmente podría impugnar la ejecución del laudo o solicitar su anulación ante los tribunales locales. Esto solo se puede hacer por motivos limitados establecidos en la Ley Federal de Arbitraje o en los estatutos estatales pertinentes.¹³³ La Ley Federal de Arbitraje provee un límite de tres meses después de emitido el laudo para solicitar la anulación, modificación, o corrección.¹³⁴ Los estatutos estatales establecen plazos de prescripción para presentar reclamaciones que varían según la categoría de la reclamación. Es la ley estatal la que determina qué evento desencadena o interrumpe un período de prescripción.¹³⁵

III. UNIÓN EUROPEA

Antes de definir expresamente el sistema de arbitraje europeo, es importante aludir a ciertos aspectos claves de la Unión Europea. La Unión Europea es una unión económica y

¹²⁸ The Federal Arbitration Act (9 U.S.C.A. §§ 1 et seq.); La. Prac. Constr. Law § 14:3.

¹²⁹ 9 U.S.C.A. § 9.

¹³⁰ *Id.* § 207.

¹³¹ Daniel Schimmel et al., *Arbitration Procedures and Practice in the United States: Overview*, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/o-502-1714?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/o-502-1714?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)).

¹³² Artículo 10, AAA, Optional Appellate Arbitration Rules (2013).

¹³³ 9 U.S.C.A. § 10, 11 y 12.

¹³⁴ *Id.* § 12.

¹³⁵ SCHIMMEL ET AL, *supra* nota 131.

política compuesta por veintisiete países de la cual España forma parte desde 1986.¹³⁶ La Unión se fundamenta en el Tratado de la Unión Europea y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.¹³⁷ Tal como establece el Tratado de la Unión Europea, la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías.¹³⁸ La Unión Europea cuenta con siete instituciones, entre las cuales se encuentran el Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, Consejo Europeo, Comisión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Banco Central Europeo, y finalmente el Tribunal de Cuentas Europeo.¹³⁹

Con relación al presente escrito, se hará énfasis en los primeros cinco, siendo el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea, el Consejo Europeo y la Comisión Europea los entes que proporcionan colectivamente la orientación política a la Unión Europea. Estos desempeñan distintas funciones en el proceso legislativo.¹⁴⁰ El Consejo Europeo define la orientación política y las prioridades.¹⁴¹ La Comisión Europea presenta propuestas de nueva legislación y el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea negocian, acuerdan y adoptan conjuntamente la legislación europea.¹⁴² Además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se encarga de interpretar la legislación de la Unión Europea para garantizar que se aplique de la misma manera en todos los países miembros. También, resuelve los litigios entre los gobiernos nacionales y las instituciones europeas.¹⁴³ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea consta de dos órganos.¹⁴⁴ Uno es el Tribunal de Justicia el cual resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales nacionales, ciertos recursos de anulación y los recursos de casación.¹⁴⁵ El otro es el Tribunal General, el cual resuelve los recursos de anulación que interponen los particulares, las empresas y, en algunos casos, los gobiernos nacionales.¹⁴⁶ Esto significa que, en la práctica, este tribunal se ocupa de la legislación sobre competencia, ayudas estatales, comercio, agricultura y marcas comerciales.¹⁴⁷

Los actos legislativos de la Unión Europea pueden adoptarse en forma de reglamentos, directivas o decisiones.¹⁴⁸ Particularmente, las directivas son actos legislativos en los cuales se establecen objetivos que todos los Estados miembros deben cumplir.

¹³⁶ *Gobierno de España*, LA MONCLOA, <https://www.lamoncloa.gob.es/espana/organizacionestado/Paginas/index.aspx> (última visita 15 de diciembre de 2023).

¹³⁷ *Id.*

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ *El Consejo De La UE*, CONSEJO DE LA UE Y DEL CONSEJO EUROPEO (12 de septiembre de 2023)

<https://www.consilium.europa.eu/es/council-eu/what-is-the-council/> (última visita 15 de diciembre de 2023).

¹⁴² *Id.*

¹⁴³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), UNIÓN EUROPEA, https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/institutions-and-bodies-profiles/court-justice-european-union-cjeu_es, (última visita 15 de diciembre de 2023).

¹⁴⁴ *Id.*

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ *Id.*

¹⁴⁸ Antonio Bar Cendón, *El sistema de adopción de decisiones en la Unión Europea*,

<https://www.openeuropeuv.es/el-sistema-de-adopcion-de-decisiones-en-la-union-europea/> (última visita 15 de diciembre de 2023).

A. *Doctrina Europea*

i. Directivas del Consejo de la UE

La Directiva del Consejo de la Unión Europea 93/13/CEE de 5 de abril de 1993¹⁴⁹ protege a los consumidores de la Unión Europea de las cláusulas y condiciones abusivas que pueden figurar en un contrato. . Es importante señalar que, las cláusulas abusivas, se refieren a cláusulas que no se hayan negociado individualmente, incumpliendo con las exigencias de la buena fe y perjudicando de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, provocando en la relación contractual desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios.¹⁵⁰

Esta Directiva surge de la necesidad de armonizar los diferentes enfoques jurisdiccionales de los Estados miembros.¹⁵¹ Con ella se introdujo la noción de buena fe con el fin de evitar el desequilibrio entre los derechos y las obligaciones en los contratos celebrados con consumidores. En síntesis, mediante esta Directiva se establece que cualquier término de un contrato de consumo, con excepción del objeto y el precio, puede ser impugnado sobre la base de que no ha sido negociado individualmente y, por lo tanto, es abusivo.

Como resultado, por primera vez, y de manera expansiva, el legislador ha impuesto un análisis cualitativo a los términos contractuales de las partes. La pieza central de la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas es el artículo seis apartado primero que prevé la sanción por cláusulas abusivas:

Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.¹⁵²

Es decir, la Directiva claramente confiere un poder al tribunal para invalidar cualquier término en un contrato de consumo que considere injusto. Una cláusula de arbitraje previa a la controversia, que no ha sido negociada individualmente, parece prima facie nula según la Directiva, pero solamente es así cuando el arbitraje no está respaldado por una disposición legal. Cuando un arbitraje está amparado por una disposición legal, aún puede intervenir la Directiva, pero recae en el consumidor la responsabilidad de demostrar que es injusto en el sentido de que desequilibra los derechos de las partes en detrimento del consumidor y en contra de los principios de la buena fe.

Posteriormente, con el fin de mantener un alto nivel de protección del consumidor, se aprobó la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.¹⁵³ Dicha Directiva obliga a los Estados miembros a garantizar a los consumidores residentes en la Unión Europea la posibilidad de resolver sus litigios con empresarios establecidos en cualquier Estado miembro, mediante la intervención de entidades que ofrezcan procedimientos de

¹⁴⁹ Directiva del Consejo 93/13/CEE del 5 de abril de 1993, 1993 O.J. (L 95) 29.

¹⁵⁰ *Id.* en el art. 3(1).

¹⁵¹ Christopher R. Drahozal & Raymond J. Friel, *Consumer Arbitration in the European Union and the United States*, 28 N.C.J. INT'L L. & COM. REG. 357 (2003), <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1730&context=ncilj.pdf>.

¹⁵² Directiva del Consejo de la Unión Europea 93/13/CEE de 5 de abril de 1993, en su art. 6(1), 1993 O.J. (L 95) 29.

¹⁵³ Ley 7/2017, de 2 de noviembre de 2017 por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, (BOE 2017, 268) (España).

resolución alternativa o extrajudicial de litigios de consumo que sean independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos.¹⁵⁴ Los litigios a los que se refiere la garantía de resolución alternativa son aquellos de carácter nacional o transfronterizo, relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios.

Si, pese al cumplimiento general de esa garantía, en un supuesto determinado, en su territorio no existiera una entidad competente para la resolución de un conflicto, los Estados pueden recurrir complementariamente a entidades de resolución alternativa establecidas en otro Estado miembro, ya sean transnacionales o paneuropeas.¹⁵⁵

Por otro lado, la Directiva 2019/2161/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019,¹⁵⁶ modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión. Esta norma entró en vigor el 8 de enero de 2020. Con esta se pretende mejorar el nivel de conocimiento sobre los derechos de los consumidores entre los propios consumidores, los comerciantes y los profesionales del Derecho, así como la ejecución de dichos derechos y los medios de reparación de los consumidores.¹⁵⁷

Asimismo, y dado que las normas nacionales vigentes sobre sanciones difieren considerablemente en toda la Unión Europea, las normas sobre sanciones de las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE fueron modificadas por la referida Directiva 2019/2161/UE para mejorarlas y, al mismo tiempo, introducir nuevas sanciones.¹⁵⁸

B. España

El sistema político de gobierno de España es la monarquía parlamentaria, la soberanía nacional reside en el pueblo español y hay una división de las funciones del Estado entre tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial.¹⁵⁹ La Constitución Española es la ley más suprema del país, establece que España es una monarquía parlamentaria, en la que el jefe del Estado es el rey.¹⁶⁰ Todos los actos del rey deben ser refrendados por el Gobierno.¹⁶¹ El poder ejecutivo del gobierno se compone del presidente, de los vicepresidentes, en su caso, y de los ministros.¹⁶² El poder legislativo corresponde a las Cortes Generales, que representan al pueblo español y controlan la acción del Gobierno.¹⁶³ Están compuestas por dos Cámaras: Congreso de los Diputados y Senado.¹⁶⁴ El Defensor del Pueblo es el alto comisionado de las Cortes Generales y es elegido por las Cortes Generales para un periodo de cinco años.¹⁶⁵ El Poder Judicial corresponde al Consejo General del Poder Judicial. El Tribunal Supremo es la más alta instancia jurisdiccional del Estado, salvo en lo que afecta a las garantías constitucionales, que es potestad del Tribunal Constitucional.¹⁶⁶

¹⁵⁴ Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, artículo 1, (BOE 2017, 268) (España).

¹⁵⁵ Ley 7/2017, en el Preámbulo II, (BOE 2017, 268) (España).

¹⁵⁶ Directiva 2019/2161/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019, 2019 O.J. (L 328) 7.

¹⁵⁷ *Id.* (3).

¹⁵⁸ *Id.* (5).

¹⁵⁹ Organización Política de España, Tu escuela de español, <https://www.tuescueladeespanol.es/blogs/organizacion-politica-de-espana/>, (última visita 15 de diciembre de 2023).

¹⁶⁰ *Id.*

¹⁶¹ Gobierno de España, LA MONCLOA, <https://www.lamoncloa.gob.es/espana/organizacionestado/Paginas/index.aspx>, (última visita 15 de diciembre de 2023).

¹⁶² *Id.*

¹⁶³ *Id.*

¹⁶⁴ *Id.*

¹⁶⁵ *Id.*

¹⁶⁶ Gobierno de España, *supra* en nota 161.

España se organiza territorialmente en municipios, provincias y comunidades autónomas.¹⁶⁷ Los Municipios son gobernados y administrados por el Ayuntamiento, integrado por el alcalde y los concejales.¹⁶⁸ Los concejales son elegidos mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, y el alcalde es elegido por estos.¹⁶⁹ Mientras las provincias son agrupaciones de municipios establecidas desde el 1833 y su gobierno y administración corresponden a las Diputaciones Provinciales. Su tarea básica es la asistencia a los municipios, en especial a los de menos capacidad económica y de gestión, para garantizar la prestación de los servicios mínimos obligatorios que les corresponden por ley. Por último, las comunidades autónomas tienen autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. Entre diciembre de 1979 y febrero de 1983 se aprobaron los Estatutos de Autonomía que permitieron conformar unas 17 comunidades autónomas actuales, y en 1995 los de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.¹⁷⁰

En cuanto al arbitraje en España este opera de manera consistente con las prácticas encontradas en las principales jurisdicciones arbitrales de la Unión Europea.¹⁷¹

i. Constitución

La Constitución Española de 1978 en su artículo 51 contempla el desarrollo de un marco legal general de protección de los consumidores dirigido al establecimiento de procedimientos eficaces que garanticen su defensa. Dicho artículo 51 dispone:

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.

Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la Ley establezca.

En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la Ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.¹⁷²

Por lo tanto, en España, la protección de los consumidores es un principio básico que obliga al Estado asegurar a los ciudadanos sus derechos en este ámbito.

ii. Normativa Estatal

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984,¹⁷³ en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 51.1 CE, estableció que el Gobierno dispondría de "*un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atendiese y resolviese con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas y reclamaciones de los consumidores*", al que pudieran someterse las partes con carácter siempre voluntario.¹⁷⁴

¹⁶⁷ *Id.*

¹⁶⁸ *Id.*

¹⁶⁹ *Id.*

¹⁷⁰ *Id.*

¹⁷¹ Tony Cole, Pietro Ortolani, Barbara Warwas, *Arbitration in Southern Europe: Insights from A Large-Scale Empirical Study*, 26 AM. REV. INT'L ARB. 187, 265 (2015) (traducción suplida).

¹⁷² CONST. ESP. art. 51.

¹⁷³ Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, (BOE 1984, 176) (España).

¹⁷⁴ *Id.* Capítulo VII, artículo trigésimo primero.

Posteriormente, se promulgó la primera reglamentación del Sistema Arbitral de Consumo de 5 de diciembre de 1988,¹⁷⁵ la cual fue derogada por la Ley de arbitraje de 23 de diciembre de 2003.¹⁷⁶ Conforme a la exposición de motivos de esta última, se creó para adaptar el arbitraje de derecho privado español a las necesidades del comercio internacional.

Luego, se promulgó el Real Decreto por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo de 15 de febrero de 2008.¹⁷⁷ El procedimiento arbitral actual responde a los mismos criterios inspiradores del anterior Decreto, ya que regula el arbitraje bajo los principios de voluntariedad, gratuidad y flexibilidad.¹⁷⁸ Además, mediante las disposiciones de la Ley vigente se incrementó la uniformidad del sistema con el propósito de fortalecer la confianza de éste por parte de las empresas y de los consumidores.¹⁷⁹ En adición, se aclararon cuáles materias podrían ser objeto de arbitraje de consumo¹⁸⁰ y entre las novedades destacables de la regulación de 2008 se admitió el arbitraje de consumo electrónico y el arbitraje de consumo colectivo.¹⁸¹

Asimismo, esta norma creó dos instituciones esenciales para la seguridad jurídica y la previsibilidad del sistema. La primera es la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo¹⁸², que resuelve los recursos frente a la admisión o inadmisión de solicitudes de arbitraje para evitar pronunciamientos contradictorios; la segunda, el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo.¹⁸³ Esta se encarga de llevar a cabo funciones relativas al establecimiento de criterios generales sobre el funcionamiento del sistema, con idéntica finalidad de garantizar seguridad y previsibilidad. Abundaremos sobre estas más adelante.

Así las cosas, al presente, el arbitraje de consumo se rige por lo dispuesto en el Real Decreto por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo de 15 de febrero de 2008 y, en lo no previsto en ella, por la Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003.¹⁸⁴ Asimismo, reitera el artículo 48.1 en cuanto al laudo al establecer que "[l]a forma y el contenido del laudo que, en todo caso, será motivado, se regirá por lo dispuesto en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje".¹⁸⁵

iii. Tratados

España es parte del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Con carácter general, este convenio regula el arbitraje internacional.¹⁸⁶

¹⁷⁵ Ley 36/1988, (BOE 1988, 293) (España).

¹⁷⁶ Ley 60/2003, de 23 de diciembre de 2003 (en vigor desde el 26 de marzo de 2004 y se tomó como referencia 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), (BOE 2003, 309) (España); véase además, Rolando Joaquín Ortega Hernández, *Mecanismos alternativos de resolución de conflictos por medios electrónicos* (2019), <https://app-vlex-com.uprrp.idm.oclc.org/-sources/31121>, (última visita 15 de diciembre de 2023).

¹⁷⁷ Real Decreto 231/2008 por el cual se regula el Sistema Arbitral de Consumo, (BOE 2008, 48) (España).

¹⁷⁸ *Id.* art. 41.

¹⁷⁹ Exposición de motivos, Real Decreto 231/2008, (BOE 2008, 48) (España).

¹⁸⁰ Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, artículo segundo, (BOE 1984, 176) (España).

¹⁸¹ Exposición de motivos, Real Decreto 231/2008, en Capítulo V, disposiciones especiales, artículos 51 al 64, (BOE 2008, 48) (España).

¹⁸² *Id.* arts. 9-11.

¹⁸³ Real Decreto 231/2008, artículos 12 al 15, (BOE 2008, 48) (España).

¹⁸⁴ *Id.* art. 3(1).

¹⁸⁵ Real Decreto 231/2008, en artículo 48(1), (BOE 2008, 48) (España).

¹⁸⁶ Elisa Torralba Mendiola, *Las Especialidades Procesales De La Ley De Navegación Marítima: Cláusulas De Jurisdicción Y Arbitraje*, 16 REVISTA DE DERECHO DEL TRANSPORTE 121, 135 (2015).

C. *Jurisprudencia Del Tribunal Judicial De La Unión Europea*

Las decisiones en *Mostaza Claro* y *Asturcom* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea cambian el equilibrio entre la protección del consumidor y la eficiencia arbitral.¹⁸⁷ El cambio de protección del consumidor es a un nivel tan extremo, que cualquier noción de eficiencia arbitral es completamente erradicada. Ambos litigios surgieron de contratos de telefonía móvil celebrados con consumidores.

En el caso de *Mostaza Claro*,¹⁸⁸ Elisa María Mostaza Claro no completó el período mínimo de suscripción estipulado en su contrato, por lo que la compañía telefónica inició un procedimiento de arbitraje en su contra. Según el acuerdo de arbitraje, Mostaza Claro tenía 10 días en los que podría haber rechazado el procedimiento de arbitraje y en su lugar poder optar por un procedimiento judicial. No se acogió a esa opción. Más bien, dentro del plazo de 10 días presentó argumentos sobre los méritos de la controversia. Si bien el tiempo otorgado a Mostaza Claro no fue demasiado corto para que presentara argumentos en su defensa, su abogado opinó que el período era demasiado breve para que el consumidor opte por un litigio. Sin embargo, después de haber prescrito el período de 10 días, el consumidor no alegó que el acuerdo de arbitraje fuera injusto y nulo. De hecho, ni siquiera planteó esta cuestión a lo largo de todo el procedimiento de arbitraje. Solamente cuando el árbitro dictó un laudo en contra del consumidor, este impugnó el mismo ante los tribunales, argumentando que el acuerdo de arbitraje era injusto, nulo y que, en consecuencia, el laudo debía ser anulado.

De acuerdo con la Ley de Arbitraje española vigente en ese momento, las objeciones de esta naturaleza debían formularse en el momento en que las partes hicieron sus presentaciones iniciales. El propósito de este requisito era dar efecto a la noción de eficiencia arbitral.

El tribunal español de anulación consideró que la cláusula de arbitraje era abusiva, pero se enfrentó al problema de que el consumidor no había alegado la invalidez del acuerdo de arbitraje en el curso del procedimiento de arbitraje, como exige la legislación española. Por lo tanto, el tribunal español preguntó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si la protección de los consumidores en virtud de la Directiva exigía que el tribunal nacional español anulara el laudo si determinaba que el acuerdo de arbitraje era injusto, a pesar de que, de conformidad con la legislación nacional aplicable, el consumidor había planteado demasiado tarde la injusticia del acuerdo de arbitraje. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea respondió afirmativamente, añadiendo que para brindar a los consumidores una protección efectiva, los tribunales nacionales están obligados a actuar de oficio.¹⁸⁹ El Tribunal observó que el tribunal nacional español había establecido que la cláusula de adhesión en cuestión era abusiva, y que, según la Directiva, la evaluación de la equidad de dicho término era un problema para el tribunal nacional. El Tribunal concluyó:

El sistema de protección de los consumidores establecido por la Directiva [sic] 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, implica que, en un asunto como el caso de autos, un juez nacional que conoce de la impugnación de un laudo arbitral puede apreciar el carácter abusivo de una cláusula compromisoria y declarar la nulidad del laudo por ser contrario al orden público, aun cuando tal vicio no haya sido invocado por el

¹⁸⁷ Asunto C-168/05, *Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium, SL.*, 2006 E.C.R. I-10423; Asunto C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones, SL/C. Rodríguez Nogueira*, 2009 E.C.R. I-9602.

¹⁸⁸ *Mostaza Claro*, 2006 E.C.R. I-10423.

¹⁸⁹ *Mostaza Claro*, 2006 E.C.R. I-10423, apartado 40.

consumidor en el procedimiento arbitral y se alegue por primera vez en el escrito en que se formaliza la impugnación.¹⁹⁰

El resultado perseguido por el artículo 6 de la Directiva no podría lograrse si el tribunal de anulación estuviera impedido de determinar que el laudo fue abusivo únicamente porque el consumidor no había alegado la nulidad del acuerdo de arbitraje en el curso del procedimiento. Para el Tribunal, la protección del consumidor corresponde a un interés público tan importante que el tribunal nacional está obligado a evaluar la equidad del acuerdo de arbitraje de oficio. En opinión del Tribunal, el desequilibrio entre el consumidor y el comerciante solo podría corregirse por acción afirmativa.

En *Asturcom*, el consumidor no participó en absoluto en el proceso. En este caso, cuando María Cristina Rodríguez Noguiera no pagó las facturas y canceló su suscripción telefónica antes del período mínimo acordado, su compañía telefónica inició un procedimiento de arbitraje en su contra. La consumidora no hizo ningún alegato. Cuando el árbitro falló en su contra, no impugnó el laudo, por lo que este advino final y firme, adquiriendo fuerza de cosa juzgada. Cuando la empresa interpuso una acción ante el tribunal nacional español para que se ejecutara el laudo, Rodríguez Noguiera no se resistió a la ejecución del laudo.

El tribunal de ejecución español consideró que el acuerdo de arbitraje era abusivo conforme a la ley española que implementa la Directiva. El tribunal español remitente observó que la Ley de Arbitraje española no permitía a los árbitros examinar de oficio si las cláusulas arbitrales abusivas eran nulas y que el Código de Procedimiento Civil español no abordaba la cuestión de si el tribunal de ejecución tenía la facultad de evaluar la equidad del acuerdo de arbitraje. Así, el tribunal español preguntó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si un tribunal nacional debe evaluar de oficio la equidad del acuerdo arbitral hasta en la etapa de ejecución, cuando el laudo final ha adquirido fuerza de cosa juzgada. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dispuso:

A falta de normativa comunitaria en la materia, el sistema de aplicación del principio de fuerza de cosa juzgada se rige por el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía procesal de éstos. No obstante, no debe ser menos favorable que la normativa correspondiente a reclamaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no debe estar articulado de tal manera que haga imposible en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad).¹⁹¹

El Tribunal decidió que el artículo 6 de la Directiva “*debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público*”.¹⁹² El gobierno español aclaró que según las normas españolas aplicables, el tribunal de ejecución tenía la facultad de evaluar la validez del acuerdo de arbitraje como una cuestión de orden público interno independientemente de si la parte interesada había participado en el arbitraje o en el procedimiento judicial. En virtud del principio de equivalencia, las mismas normas de procedimiento que se aplican a la ejecución del orden público nacional deben aplicarse con respecto al orden público de la Unión, del que forma parte el artículo seis, apartado primero.

Dado que un tribunal de ejecución español tenía la facultad de evaluar de oficio si una cláusula compromisoria era nula por ser contraria al orden público nacional, debe tener la misma facultad con respecto al orden público de la Unión según el principio de equivalencia.

¹⁹⁰ *Id.* en el apartado 38.

¹⁹¹ *Asturcom Telecomunicaciones*, 2009 E.C.R. I-9602, apartado 38.

¹⁹² *Id.* apartado 52 (énfasis suplido).

Pero el Tribunal de Justicia de la Unión Europea va más allá. Mientras que los tribunales de ejecución nacionales españoles tienen la facultad de evaluar la equidad de un acuerdo de arbitraje sobre la base del orden público nacional, están obligados a hacerlo con respecto al orden público de la Unión. El Tribunal dictaminó que el tribunal de ejecución, de oficio, debe evaluar la validez de una cláusula compromisoria a la luz de la Directiva, porque el tribunal de ejecución tiene la facultad de hacer lo mismo con respecto al orden público interno.

Ante lo anterior podemos decir que si la normativa establecida en el caso de *Mostaza Claro* fue un serio ataque a la noción de eficiencia arbitral, la normativa que dispuso el caso de *Asturcom* asestó el golpe final, inclinando la balanza hacia un nivel máximo de protección al consumidor.¹⁹³ Hay buenas razones por las que los tribunales de ejecución generalmente no llevan a cabo un examen de los méritos de los laudos arbitrales. Con *Claro* y *Asturcom*,¹⁹⁴ el Tribunal de Justicia de la Unión Europea creó un incentivo para que los consumidores no plantearan la equidad del acuerdo de arbitraje. Si el consumidor gana en el arbitraje, aceptará felizmente el resultado. Sin embargo, si pierde, puede solicitar la anulación del laudo alegando que el acuerdo de arbitraje fue injusto. No obstante, ya vemos que el consumidor ni siquiera tiene que hacer eso. Simplemente puede esperar y ver que el tribunal de ejecución determine de oficio la equidad del acuerdo de arbitraje.

D. El Marco Constitucional Español

En los últimos años el Tribunal Constitucional anuló cuatro sentencias del Tribunal Superior Judicial de Madrid, en las que este último había anulado laudos. Esto ocurrió mediante las Sentencias del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio de 2020; 17/2021 de 15 de febrero de 2021; 55/2021, y 65/2021 de 15 de marzo de 2021.¹⁹⁵ Como consecuencia, el Tribunal Constitucional subsanó la desviación exorbitante del Tribunal Superior Judicial de Madrid y reiteró que, por razones de orden público, los tribunales le deben dar deferencia a la valoración que los árbitros le dan a la prueba, así como a su aplicación de la ley.¹⁹⁶ A su vez, el Tribunal Constitucional estableció una interpretación restrictiva del concepto de orden público en las acciones de anulación de laudos y delimitó las motivaciones requeridas en las resoluciones arbitrales. También, instituyó como fundamentos del procedimiento arbitral la autonomía de la voluntad de las partes, el alcance limitado del concepto de equivalente jurisdiccional, la naturaleza excepcional de la acción de nulidad, el ámbito reducido de control de los Tribunales de Justicia sobre los laudos arbitrales, e hizo un llamado especial a considerar los riesgos de extender el concepto de orden público. En fin, las recientes sentencias del Tribunal Constitucional acortan la excesiva intervención de la jurisdicción ordinaria en los procesos arbitrales, delimitando las motivaciones requeridas para la anulación de los laudos y fortaleciendo así la institución arbitral.

Mediante la Sentencia de la sala primera del Tribunal Constitucional núm. 46/2020, de 15 de junio de 2020, se centró el debate sobre si la decisión del Tribunal Superior Judicial de Madrid de no atender la petición de archivo y, en su lugar, entrar en los méritos de una demanda en la que se solicita la anulación de un laudo arbitral, vulneró el derecho

¹⁹³ Asunto C-168/05, *Mostaza Claro*/Centro Móvil Milenium, SL., 2006 E.C.R. I-10423; Asunto C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, SL/C. Rodríguez Nogueira, 2009 E.C.R. I-9602.

¹⁹⁴ *Mostaza Claro*, 2006 E.C.R. I-10423; *Asturcom Telecomunicaciones*, 2009 E.C.R. I-9602.

¹⁹⁵ STC, 15 de junio de 2020 (BOE Núm. 196) (España); STC, 15 de febrero de 2021 (BOE Núm. 69) (España); STC, 15 de marzo de 2021 (BOE 97, pág. 47491) (España); STC, 15 de marzo de 2021 (BOE 97, 47588) (España).

¹⁹⁶ Stephan Wilske, Björn P. Ebert, Natasha Peter, Thomas Stouten, Alberto Fortún, Julia Martín, *The View From Europe: What's New in European Arbitration?*, 75 DRJ 143, véase también, Marta Morral Carbonell y Marta Pons Juanpere, *El laudo de consumo: especial referencia a la anulación de los laudos arbitrales por vulneración del orden público en las recientes Sentencias del Tribunal Constitucional*, 9 R. J.C.U.: ARBITRAJE DE CONSUMO. Julio 2021.

fundamental de los recurrentes a la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24.1 Constitución Española.¹⁹⁷

La controversia del caso era en cuanto a un contrato de arrendamiento de vivienda en el cual las partes pactaron someter cualquier discrepancia al arbitraje de la Asociación Europea de Arbitraje. Los arrendadores presentaron una demanda en contra de los arrendatarios en la cual solicitaron los pagos de varias mensualidades de la renta. Como resultado del arbitraje, se emitió un laudo arbitral en el que se dio por resuelto el contrato y se condenó a los demandados al pago de las rentas, intereses, y costas del arbitraje. Luego de dictado el laudo, los arrendatarios interpusieron una demanda en donde solicitaron la anulación de dicho laudo ante el Tribunal Superior Judicial de Madrid. Estos alegaron que la cláusula de sumisión a arbitraje era abusiva por tratarse de un contrato suscrito entre consumidores y profesionales del sector, así como la existencia de una cláusula de adhesión en el convenio arbitral. Los arrendadores se opusieron a la anulación del laudo negando su condición de empresarios, así como la inexistencia de desequilibrio entre las partes contratantes. El Tribunal Superior Judicial de Madrid, además de revisar la cláusula de sumisión expresa al arbitraje, consideró la existencia de una posible falta de imparcialidad por parte del colegio arbitral. Ante ello, le proveyó la oportunidad a las partes para que se pronunciasen sobre dicha posible infracción al orden público.

Con posterioridad, las partes presentaron un escrito conjunto manifestando haber alcanzado un acuerdo para la solución del litigio y solicitaron el archivo del procedimiento de anulación. Sin embargo, el Tribunal Superior Judicial de Madrid rechazó la petición de archivo al entender que existe un interés general de depurar los procedimientos de estos ser contrarios al orden público. Básicamente, el Tribunal Superior Judicial de Madrid razonó que la posible falta de imparcialidad en el proceso de arbitraje es una infracción al orden público y que la tutela del orden público y de intereses generales no puede ser prescindida. Por lo tanto, procedía rechazar la solicitud de archivo presentada por las partes y proseguir con el procedimiento hasta dictarse sentencia. Luego, contra esa sentencia del Tribunal Superior Judicial de Madrid se presentó demanda solicitando la nulidad de la misma.

Como resultado, el Tribunal Constitucional dispuso que la decisión del Tribunal Superior Judicial de Madrid fue una irrazonable y que vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva. Mediante la sentencia, el Tribunal Constitucional estableció que la acción de anulación debe ser entendida como un proceso externo en cuanto a la validez del laudo y no una revisión de los fundamentos utilizados por los árbitros para llegar a una decisión. Esta acción se basa en causas de revisión limitadas sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre los méritos del asunto, pues estarían frente a un juicio externo.¹⁹⁸

Por otro lado, mediante otra sentencia del Tribunal Constitucional en el caso 17/2021, de 15 de febrero de 2021, este Tribunal concluyó que:

La acción de anulación, por consiguiente, solo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, o cuando el laudo carezca de

¹⁹⁷ El art. 24.1 CE garantiza el derecho a obtener de los órganos judiciales una resolución que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y que la motivación esté fundada en Derecho, exigencia que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad (por todas, STC, 2 de julio de 2012, FJ 4 (BOE 181, pág. 28) (España).

¹⁹⁸ STC, 23 de noviembre de 1995, FJ 3 (BOE Núm. 310) (España); STC, 30 de abril de 1975, FJ 2 (BOE Núm. 132) (España).

fundamentos, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución firme anterior.¹⁹⁹

En este caso, el 11 de abril de 2016, los demandantes presentaron una demanda de arbitraje de equidad solicitando se declarase su derecho de separación de la sociedad o la disolución y liquidación de esta, debido a un “*continuo e insoportable abuso de derecho de don Carlos Gutiérrez-Maturana-Larios y Altuna de su posición de control en la sociedad familiar Mazacruz*”.²⁰⁰ El 6 de abril de 2017, se emitió un laudo, notificado 25 de mayo de 2017, el cual, entre otras cosas, ordenó la disolución de la sociedad, su posterior liquidación y el cese de los administradores. El laudo, fue impugnado mediante una acción de anulación al entenderse que era nulo por vulnerar el orden público al decretarse la disolución y la liquidación de la sociedad sin fundamentos o determinaciones legales algunos. Además, se alegaba que, de existir discrepancias sobre el derecho de voto en una determinada junta, podrían dirimirse mediante la impugnación de los acuerdos de los socios, y no acudiendo a la disolución de la sociedad. Asimismo, se consideró que el laudo infringía el orden público económico y el principio de la autonomía de la voluntad, al haberse decretado la disolución de la sociedad en contra de las previsiones de sus estatutos, “*extralimitando el convenio arbitral*”.²⁰¹ Se impugnaron también las motivaciones y la valoración de la prueba del laudo, por considerar que fue basado en fundamentos arbitrarios y parcializadas.

Así las cosas, la Sentencia del Tribunal Constitucional aclara cualquier duda que pudiera darse en torno al concepto de orden público como motivo de anulación de laudos al manifestar lo siguiente:

[P]or orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 febrero; 116/1988, de 20 junio, y 54/1989, de 23 febrero), y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público. Puede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente (STC 46/2020, de 15 de junio, FJ 4).²⁰²

La noción de orden público no puede convertirse en un mero pretexto para que el órgano judicial reexamine las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral, desnaturalizando la institución arbitral y vulnerando al final la autonomía de la voluntad de las partes. El órgano judicial no puede, con la excusa de una pretendida vulneración del orden público, revisar el fondo de un asunto sometido a arbitraje.

Además, el Tribunal Constitucional delimita las motivaciones que deben tener las resoluciones arbitrales, disponiendo que es inferior al de las sentencias, debido a que dicha exigencia para los laudos no deriva del artículo 24 de la Constitución Española, la cual aplica a la tutela judicial pero no a la arbitral; mientras que la exigencia de las motivaciones de los

¹⁹⁹ STC, 15 de febrero de 2021 II. Fundamentos jurídicos, (2) Orden público y deber de motivación en el sistema arbitral (BOE Núm. 69) (España).

²⁰⁰ *Id.* I. Antecedentes (2)(a).

²⁰¹ *Id.* (2)(c).

²⁰² *Id.* II. Fundamentos jurídicos, (2) Orden público y deber de motivación en el sistema arbitral.

laudos deriva del artículo 37.4 de la Ley de Arbitraje.²⁰³ Añade el Tribunal Constitucional que un laudo no estará suficientemente motivado cuando sea irrazonable, arbitrario o haya incurrido en error patente.

Por otro lado, en cuanto a la Sentencia de la sala segunda del Tribunal Constitucional, núm. 65/2021 de 15 de marzo de 2021, se declara la nulidad de la Sentencia del Tribunal Superior Judicial de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de fecha 1 de octubre de 2019. Esa sentencia a su vez había anulado un laudo dictado por la Corte de Arbitraje de Madrid. Las razones del Tribunal Superior Judicial de Madrid para anular el laudo fueron que consideró que este no se basó en la contravención del orden público económico, sino en el incumplimiento con deberes bancarios.

En este caso se presenta una demanda de arbitraje de equidad ante la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid. Mediante dicha demanda se solicitó la declaración de que una entidad bancaria había incumplido con sus obligaciones legales de proveer información en la fase precontractual de un contrato de rango bonificado doble euro. Además, se solicitó la correspondiente indemnización. La corte de arbitraje dictó el laudo arbitral parcialmente a favor de la demandante, declarando a la entidad bancaria en incumplimiento con las referidas obligaciones legales. Sin embargo, denegó la indemnización por daños y perjuicios debido a que el contrato no ocasionó perjuicio alguno ya que el mismo cumplió su función y la demandante actuó de mala fe al retrasarse en la reclamación.

En cuanto al deber de motivación de los laudos arbitrales, el Tribunal Constitucional reiteró que no surge del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución Española.²⁰⁴ Reiteró, además, que no solo se encuentra establecido de las resoluciones emanadas del Poder Judicial, sino de la propia Ley de Arbitraje, que en su art. 37.4²⁰⁵ así lo exige. Expresa también el derecho y el interés legítimo de la sociedad en conocer las razones de la decisión judicial que se adopta, evitando que sea fruto de la arbitrariedad y facilitando mediante su expresión el control por parte de los órganos jurisdiccionales superiores en caso necesario. En consecuencia, en aquellos supuestos en los que el árbitro razona y argumenta su decisión, se habrá cumplido con la exigencia de motivación, sin que el órgano judicial pueda revisar su aplicación del derecho o entrar a juzgar sobre la correcta valoración de las pruebas, por más que de haber sido este quien tuviera encomendado el asunto, las hubiera razonado y valorado de manera distinta.

Así las cosas, de las anteriores sentencias del Tribunal Constitucional, podemos concluir lo siguiente: el orden público no puede convertirse en un mero pretexto para que el órgano judicial reexamine las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral, desnaturalizando así la institución y vulnerando al final la autonomía de la voluntad de las partes. Así también, debe considerarse contrario al derecho a la tutela judicial efectiva de los litigantes que el tribunal rechace un acuerdo entre los mismos para poner fin al procedimiento amparándose en una interpretación ensanchada del orden público sin que exista ninguna norma que prohíba o deniegue tal poder de disposición del pleito por las partes. El art. 37.4 Ley de Arbitraje²⁰⁶ establece que el laudo será siempre motivado y su falta de motivación podría conllevar a la anulación de este por infracción de orden público. Un laudo, no estará suficientemente motivado cuando sea irrazonable, arbitrario o haya incurrido en error patente. Asimismo, el Tribunal Constitucional deja claro, que no puede considerarse una falta de motivación el mero hecho de que el árbitro no entre a decidir sobre todos los argumentos presentados por las partes, o no haya indicado las pruebas en las que se ha basado para tomar su decisión sobre los hechos, o no explique su preferencia de una prueba sobre otra. Para determinar si se ha cumplido con el deber de motivación, basta con

²⁰³ Ley 60/2003, art. 37.4 (BOE 2003, 309) (España).

²⁰⁴ 17/2021, de 15 de febrero de 2021, CONST. ESP. Art. 51, sec. II.

²⁰⁵ Ley 60/2003, art. 37.4 (BOE 2003, 309) (España).

²⁰⁶ *Id.*

comprobar por parte de la jurisdicción ordinaria que el laudo contiene razones y determinaciones, aunque sean consideradas incorrectas, hechas por el juez que debe resolver su impugnación. Además, la valoración de la prueba pertenece de manera exclusiva al árbitro sin que los jueces puedan realizar de nuevo esta valoración al no estar en una segunda instancia. Por último, la acción de anulación no permite la revisión del fondo de la cuestión sometida a arbitraje.

E. Procedimiento de Arbitraje de Consumo En España

“El Sistema Arbitral de Consumo es un sistema que las administraciones públicas ponen a disposición de las personas consumidoras y usuarias”.²⁰⁷ A través de este sistema, “sin formalidades especiales y con carácter vinculante para ambas partes, se resuelven conflictos y reclamaciones que surgen en las relaciones de consumo”.²⁰⁸

Sin embargo, existen limitaciones: “No podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquéllos en que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos”.²⁰⁹ “A su vez, dicho consumidor debe haber actuado como tal, y no en el marco de su propia actividad empresarial o profesional. Es decir, como destinatario final de los bienes o servicios contratados, ya sea para sí o para otro, pero sin ánimo de reventa con lucro”.²¹⁰

De acuerdo con lo que establece el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero en su artículo cuarto, el Sistema Arbitral de Consumo se organiza a través de:

- (a) Las Juntas Arbitrales de Consumo.
- (b) La Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo.
- (c) El Consejo General del Sistema de Arbitraje de Consumo.
- (d) Los Órganos Arbitrales.²¹¹

Para tener un entendimiento sobre las funciones de cada uno de estos en el sistema arbitral, se explica brevemente cada uno de estos.

F. Juntas Arbitrales de Consumo

Las Juntas Arbitrales son las instituciones administrativas que gestionan el arbitraje. Las funciones encomendadas a las Juntas Arbitrales están establecidas en el artículo 6 de la Ley de Arbitraje de Consumo.²¹² Sus funciones consisten en promover el arbitraje de consumo entre los consumidores y los profesionales. Además, deciden si una solicitud de arbitraje será admitida o rechazada. Asimismo, gestionan las adhesiones de los empresarios, registran las ofertas y sus publicaciones. También, están encargadas de elaborar la lista de los árbitros, de archivar y de llevar el registro de laudos. A su vez, elaboran formularios y realizan otras actividades de apoyo y soporte.²¹³ Estas prestan servicios de carácter técnico, administrativo y de secretaría, tanto a las partes como a los árbitros.²¹⁴

²⁰⁷ *Arbitraje institucional de consumo: Sistema Arbitral de Consumo (SAC)*, HISPACOOOP, <https://hispacoop.es/consulta-reclama/arbitraje-institucional-de-consumo-sistema-arbitral-de-consumo-sac/>, (última visita, 15 de diciembre de 2023).

²⁰⁸ *Id.*

²⁰⁹ Real Decreto 231/2008, art. 2(2) (BOE 2008, 48) (España).

²¹⁰ *Arbitraje institucional de consumo: Sistema Arbitral de Consumo (SAC)*, *supra* nota 207.

²¹¹ Real Decreto 231/2008, art. 4 (BOE 2008, 48) (España).

²¹² *Id.* art. 6.

²¹³ *Id.*, véase además, Lorenzo M. Bujosa Vadell, *El arbitraje de consumo*, 29 REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN, (2013).

²¹⁴ Real Decreto 231/2008 art. 5 (BOE 2008, 48) (España).

Estas Juntas Arbitrales están integradas por su presidente y el secretario, cargos que deben recaer en personal al servicio de las Administraciones Públicas, y por el personal de apoyo adscrito a dicha institución.²¹⁵ La Junta de Arbitraje se correlaciona con la residencia del consumidor. Las Juntas Arbitrales pueden ser de ámbito municipal, provincial o autonómico. Además, existe una Junta Arbitral Nacional, adscrita al Ministerio de Consumo que recibe las solicitudes de arbitraje cuyo ámbito territorial exceda el de una comunidad autónoma o para aquellos casos en los que una empresa solo está adherida a esa junta arbitral.²¹⁶

En cuanto a Juntas Arbitrales Autonómicas se encuentran las siguientes: (i) la C.A de Andalucía, (ii) la C.A de Aragón, (iii) la C.A. Principado de Asturias, (iv) la C.A de Les Illes Balears, (v) la C.A. de Canarias, (vi) la C.A de Castilla La Mancha, (vii) la de la comunidad de Castilla y León, (viii) la C.A. de Cataluña, (ix) la C.A. de Extremadura, (x) la C.A. de Galicia, (xi) la de la comunidad de Madrid, (xii) la C.A de la región de Murcia, (xiii) la de la comunidad Foral de Navarra, (xiv) la C.A del País Vasco/Euskadi, (xv) la C.A. de Rioja, (xvi) la de la comunidad de Valenciana, y (xvii) la de la ciudad de Melilla.²¹⁷

A su vez, en cuanto a las Juntas Arbitrales Provinciales se encuentran las siguientes: (i) Alicante, (ii) Almería, (iii) Cádiz, (iv) Castellón, (v) Córdoba, (vi) Granada, (vii) Huelva, (viii) Jaén, (ix) Málaga, y (x) Sevilla.²¹⁸

Por último, con respecto a Juntas Arbitrales Municipales, corresponden los siguientes Ayuntamientos: (i) Alcalá de Henares, (ii) Alcobendas, de Almería, (iii) Almería, (iv) Ávila, (v) Avilés, (vi) Badalona, (vii) Barcelona, (viii) Burgos, (ix) Cádiz, (x) Córdoba, (xi) El Ejido, (xii) Gijón, (xiii) Granada, (xiv) Huelva, (xv) Jaén, (xvi) León, (xvii) L' Hospitalet De Llobregat, (xviii) Lleida, (xix) Madrid, (xx) Málaga, (xxi) Mataró, (xxii) Sabadell, (xxiii) Salamanca, (xxiv) Segovia, (xxv) Sevilla, (xxvi) Soria, (xxvii) Terrassa, (xxviii) Valladolid, (xxix) Vilafranca Del Penedés, (xxx) Victoria-Gasteiz, y (xxxi) Zamora.²¹⁹

La consecuencia jurídica del hecho de que las Juntas Arbitrales sean instituciones administrativas es que sus resoluciones, que producen efectos frente a terceros, son consideradas como actos administrativos. Por lo tanto, se encuentran regidas por el derecho que se recoge en la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.²²⁰

Las resoluciones del presidente de la Junta Arbitral de Consumo sobre la admisión o inadmisión de una solicitud de arbitraje podrán ser recurridas ante la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo. Para esto, se tiene un plazo de quince días, contados desde la notificación que se impugna. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de tres meses desde que se interpuso. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución, se podrá entender desestimado el recurso. La resolución de este recurso es lo que pone fin a la vía administrativa.²²¹

²¹⁵ *Id.* art. 7(1).

²¹⁶ *Id.* art. 5., véase además, *Instituciones de arbitraje de consumo*, COMUNIDAD MADRID, <https://www.comunidad.madrid/servicios/consumo/instituciones-arbitraje-consumo> (última visita 15 de diciembre de 2023).

²¹⁷ *Juntas Arbitrales*, MINISTERIO DE CONSUMO, <https://www.consumo.gob.es/es/consumo/juntasArbitrales/autonomica>, (última visita, 15 de diciembre de 2023).

²¹⁸ *Juntas Arbitrales*, MINISTERIO DE CONSUMO, <https://www.consumo.gob.es/es/consumo/juntasArbitrales/provinciales>, (última visita, 15 de diciembre de 2023).

²¹⁹ *Juntas Arbitrales*, MINISTERIO DE CONSUMO, <https://www.consumo.gob.es/es/consumo/juntasArbitrales/municipales>, (última visita, 15 de diciembre de 2023).

²²⁰ Ley 39/2015 (BOE 2015, 236) (España).

²²¹ Real Decreto 231/2008 art. 36 (BOE 2008, 48) (España).

G. La Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo

“La Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo es un órgano colegiado, adscrito funcionalmente al Instituto Nacional del Consumo a través de la Junta Arbitral Nacional”.²²² La Comisión estará integrada por su presidente y dos vocales designados por un período de dos años y por el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo, entre los presidentes de las Juntas Arbitrales territoriales.²²³

La Comisión tiene competencia para: (i) la resolución de los recursos que planteen las partes sobre la admisión o inadmisión a trámite de una solicitud de arbitraje conforme a ciertos requisitos provistos en el artículo 36;²²⁴ (ii) la preparación de informes técnicos; (iii) recomendaciones para facilitar la labor de los diferentes organismos arbitrales y, (iv) la preparación de un escrito perceptivo en la admisión de las ofertas públicas de adhesión limitada al Sistema Arbitral de Consumo.²²⁵

H. El Consejo General del Sistema de Arbitraje de Consumo

El Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo viene regulado en los artículos doce al quince del Real Decreto de Arbitraje de Consumo y es un órgano colegiado, adscrito funcionalmente al Instituto Nacional de Consumo, de representación y participación en materia de arbitraje de consumo.²²⁶ El Consejo estará constituido por el presidente, que es el director del Instituto Nacional de Consumo, el vicepresidente, que lo es también del Instituto Nacional de Consumo, y los consejeros. La secretaría será manejada por el titular de la Subdirección General de Normativa y Arbitraje del Consumo del Instituto Nacional de Consumo.²²⁷ Funciona en pleno y en secciones.²²⁸ Su misión es, entre otras, dar seguimiento, apoyo y propuestas de mejora del sistema arbitral de consumo; aprobar la memoria anual, así como los programas comunes de formación de árbitros; y la aprobación de los miembros no natos de la comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo.²²⁹

I. Los Órganos Arbitrales

Son los encargados de resolver el litigio planteado por los consumidores y usuarios y es el que emite el correspondiente laudo.²³⁰ El Órgano Arbitral podrá constituirse unipersonalmente cuando las partes así lo acuerden o cuando lo estime el presidente de la Junta Arbitral, siempre que la cuantía de la controversia sea inferior a 300 euros y que la falta

²²² *Id.* arts. 9,10 y 11.

²²³ *Id.* art. 10.

²²⁴ Real Decreto 231/2008 art. 36 (BOE 2008, 48) (España) (sobre recurso contra la admisión o inadmisión de la solicitud de arbitraje dispone: (1) La resolución del presidente de la Junta Arbitral de Consumo sobre la admisión o inadmisión de la solicitud de arbitraje en los supuestos previstos en el artículo 2, podrá ser recurrida ante la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo en el plazo de 15 días desde la notificación del acuerdo que se impugna. (2) El recurso se podrá interponer ante la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo o ante el presidente de la Junta Arbitral territorial que dictó la resolución recurrida, en cuyo caso se dará traslado del recurso, con su informe y copia completa y ordenada del expediente, a la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo en el plazo de quince días. (3) El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de tres meses desde que se interpuso. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución, se podrá entender desestimado el recurso. (4) La resolución de este recurso pone fin a la vía administrativa).

²²⁵ Real Decreto 231/2008 art. 11 (BOE 2008, 48) (España).

²²⁶ *Id.* art. 12.

²²⁷ *Id.* art. 13.

²²⁸ *Id.* art. 14.

²²⁹ *Id.* art. 15.

²³⁰ *Id.* art. 18., véase también, Pablo Chico de la Cámara, *Métodos alternativos de resolución de conflictos en las administraciones públicas. En especial, el arbitraje de consumo*, REVISTA UNA PROPUESTA PARA LA INTRODUCCIÓN EN NUESTRO SISTEMA ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE MEDIDAS ADR (20017).

de complejidad del asunto así lo aconseje.²³¹ Sin embargo, también podrán actuar de forma colegiada, con tres árbitros acreditados de entre los propuestos por la Administración, las asociaciones de consumidores y usuarios y las organizaciones empresariales y profesionales.²³²

Los Órganos Arbitrales no son órganos estables o fijos, a diferencia de lo que ocurre con las Juntas Arbitrales.²³³ Para cada arbitraje se designa un nuevo Órgano Arbitral, aunque hay que reconocer que en numerosas ocasiones pueden coincidir los miembros que forman el Órgano Arbitral. Esto, especialmente, en aquellas localidades de tamaño mediano o pequeño donde existan una o dos asociaciones de consumidores y de empresarios adheridas al sistema arbitral.²³⁴ Ello producirá inevitablemente la coincidencia de los miembros que forman el Órgano Arbitral, más ni siquiera en este supuesto puede predicarse que el Órgano Arbitral sea fijo.²³⁵

Por último, los órganos arbitrales tienen una naturaleza no administrativa, siendo más bien privada. A sus actuaciones le será de aplicación con carácter supletorio la Ley de Arbitraje y subsidiariamente, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial.²³⁶

i. Características

Primeramente, las partes someten la controversia a la decisión de un árbitro o un colegio de árbitros en lugar de ante un juez. Los árbitros son personas que cuentan con la formación adecuada para resolver los conflictos que se someten a su consideración.

Segundo, el arbitraje es un acuerdo de voluntades, como lo establece el artículo 24(1) de la Ley de Arbitraje, el cual denomina el convenio arbitral y determina que:

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.²³⁷

Conforme a lo anterior, el convenio arbitral puede adoptarse mediante una cláusula incorporada al contrato, o, incluso, puede constar en un acuerdo independiente. En ambos escenarios, se exige que se fije por escrito y que sea firmado por las partes.

Sin embargo, las partes además pueden remitirse al Sistema Arbitral de Consumo mediante la presentación de una reclamación de una parte en contra de la otra. En la misma debe hacerse constar que la reclamación ha sido admitida a trámite y concederle quince días a la parte que la recibe para que acepte o rechace el arbitraje.²³⁸

Otro modo de activación del Sistema Arbitral de Consumo es mediante ofertas públicas de adhesión a dicho sistema.²³⁹ Esto último consiste en la declaración de la voluntad de ambas partes en momentos distintos. La concurrencia de voluntades se produce al coincidir la solicitud de arbitraje con el ámbito de la oferta pública emitida con anterioridad por el

²³¹ Real Decreto 231/2008 art. 19 (BOE 2008, 48) (España).

²³² *Id.*; Lorenzo M. Bujosa Vadell, *El arbitraje de consumo*, 29 REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN 1, 8 (2013).

²³³ *Id.*

²³⁴ Pablo Chico de la Cámara, *Métodos alternativos de resolución de conflictos en las administraciones públicas. En especial, el arbitraje de consumo*, REVISTA UNA PROPUESTA PARA LA INTRODUCCIÓN EN NUESTRO SISTEMA ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE MEDIDAS ADR (2017).

²³⁵ *Id.*

²³⁶ Chico de la Cámara, *supra* nota 251, véase también, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio de 1985.

²³⁷ Real Decreto 231/2008 art. 24(1) (BOE 2008, 48) (España).

²³⁸ *Id.*, art. 37(3)(a).

²³⁹ *Id.*, art. 26.



empresario. Por lo tanto, el convenio se perfecciona con la presentación de la solicitud de arbitraje por el reclamante. En cuanto a esta última, la Junta Arbitral se compromete a hacer constar la adhesión en el registro público de empresas adheridas, gestionado por el Instituto Nacional de Consumo, a dar publicidad a la adhesión y a otorgar un distintivo oficial para su exhibición pública.²⁴⁰ Es decir, una persona consumidora podrá conocer si un empresario se ha sometido al Sistema Arbitral de Consumo a través de un distintivo que mostrará en el establecimiento, en su oficina o en su página de internet entre otras. El distintivo de Arbitraje de Consumo es el siguiente:

Debe tenerse en cuenta que el consumidor siempre podrá acudir a la vía judicial en vez de la arbitral. Como se mencionó anteriormente, de acuerdo con el artículo 57.4 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre de 2007 según enmendada, las cláusulas en un contrato que incluyan la sumisión de las partes al proceso de arbitraje suscrito previamente al surgimiento del conflicto, no serán vinculantes para el consumidor, ya que será una vez surgida la controversia cuando el consumidor deberá evaluar y decidir si se somete a esta vía de resolución de conflictos o no. El Real Decreto dispone, cito:

No serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto. La suscripción de dicho convenio tendrá para el empresario la consideración de aceptación del arbitraje para la solución de las controversias derivadas de la relación jurídica a la que se refiera, siempre que el acuerdo de sometimiento reúna los requisitos exigidos por las normas aplicables.²⁴¹

Por lo tanto, si un consumidor recibe comunicación del tribunal arbitral en la que se le informa de la demanda arbitral instada por el empresario, será importante que responda expresamente y por escrito si acepta o no al arbitraje. Si el consumidor no responde, el procedimiento iniciado a instancia del empresario continuará, y además puede entenderse que el consumidor ha renunciado a su derecho de oponerse a dicho procedimiento.²⁴²

La tercera característica es que las controversias se tramitan en 6 meses, contados desde constituido el Órgano Arbitral.²⁴³ Si el caso es de especial complejidad, el órgano arbitral puede adoptar una prórroga, que no podrá ser superior al plazo previsto para la resolución del litigio, y deberá hacerlo de forma motivada y comunicarlo a ambas partes.²⁴⁴

La cuarta característica es precisamente uno de los principios básicos del Sistema Arbitral de Consumo: es un sistema que no envuelve costo económico para las partes en conflicto.²⁴⁵ Esto ha sido una característica propia del Sistema Arbitral de Consumo, desde sus orígenes legales, que se remontan al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo de 1993. La

²⁴⁰ *Id.*, art. 28, véase también, anexo I y II.

²⁴¹ Se modifica el apartado 4 del artículo 57, Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

²⁴² *Arbitrajes privados (sujetos a honorarios) Arbitrajes privados por empresas privadas con relación al consumidor*, HISPACOOOP, <https://hispacoop.es/consulta-reclama/arbitrajes-privados-sujetos-a-honorarios/> (última visita, 15 de diciembre de 2023).

²⁴³ Real Decreto 231/2008 art. 49 (BOE 2008, 48) (España).

²⁴⁴ *Id.*

²⁴⁵ *Id.* art. 41.

administración es quien asume los gastos derivados de este procedimiento.²⁴⁶ También, el artículo once de la Defensa y Asesoramiento de las Partes de la Ley por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español dispone que los procedimientos deben ser gratuitos para los consumidores.²⁴⁷ Sin embargo, de las partes solicitar peritos sobre alguna materia, estos habrán de ser costeados por dichas partes o como se disponga. Sobre esto el artículo 45.3 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero de 2008, dispone:

Los gastos ocasionados por las pruebas practicadas a instancia de parte serán sufragados por quien las haya propuesto y las comunes o coincidentes por mitad. Las pruebas propuestas de oficio por el órgano arbitral, serán costeadas por la Junta Arbitral de Consumo o por la Administración de la que dependa, en función de sus disponibilidades presupuestarias.²⁴⁸

Quinto, las entidades acreditadas se caracterizan por garantizar que los procedimientos sean confidenciales.²⁴⁹ Por entidad de resolución alternativa acreditada o entidad acreditada nos referimos a una entidad de resolución alternativa establecida de manera duradera en España que ha obtenido la acreditación por resolución de la autoridad competente y figura incorporada en el listado nacional de la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición.²⁵⁰

Sexto, las partes tendrán acceso al procedimiento pudiendo comparecer por sí mismas, representadas o asistidas por tercero y solicitar, si así lo desean, asesoramiento independiente. No será requerida la intervención de las partes mediante abogado o asesor jurídico. Las entidades de resolución alternativa informarán a las partes de que no están obligadas a actuar asistidas por abogado. No obstante, si el consumidor y el empresario desean contratar a un abogado o asesor jurídico, deberán comunicarlo a la entidad de resolución de conflictos dentro de los tres días siguientes a la fecha de presentación de la reclamación, en el caso del consumidor, o de la recepción de la reclamación si se tratara del empresario.

Finalmente, entre las novedades destacables de la regulación de 2008 se encuentra el arbitraje de consumo colectivo.²⁵¹ Se introdujo como una disposición especial y está dirigida a aplicar las técnicas de protección colectiva en la vía procesal especializada que se regula por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero de 2008.

ii. Pasos y Procedimiento

La iniciación de la fase pre arbitral ocurre cuando un consumidor presenta formalmente una solicitud de arbitraje ante la Junta Arbitral que corresponda.²⁵² El presidente de la Junta Arbitral de Consumo conocerá sobre la competencia territorial de la Junta, trasladándola, en otro caso, a la Junta Arbitral de Consumo competente en el plazo de 15 días desde la

²⁴⁶ *Arbitraje institucional de consumo: Sistema Arbitral de Consumo (SAC)*, HISPACOOOP, <https://hispacoop.es/consulta-reclama/arbitraje-institucional-de-consumo-sistema-arbitral-de-consumo-sac/> (última visita, 15 de diciembre de 2023).

²⁴⁷ Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013 a Ley 7/2017, de 2 de noviembre de 2017, artículo 11.

²⁴⁸ Real Decreto 231/2008 art. 45(3) (BOE 2008, 48) (España).

²⁴⁹ *Id.* art. 41.2, véase además, Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la Ley 7/2017, de 2 de noviembre de 2017, artículo 36.

²⁵⁰ Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de conflictos, art. 2(i) (BOE 2017, 12659) (España).

²⁵¹ Real Decreto 231/2008 arts. 56-62 (BOE 2008, 48) (España).

²⁵² Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, 2013 O.J. (L165/63) Artículo 5.

presentación de la solicitud.²⁵³ De no existir un acuerdo expreso entre las partes, la Junta Arbitral territorial que tendrá competencia será en la que tenga su domicilio el consumidor.²⁵⁴ Sin embargo, cuando existan varias Juntas Arbitrales territoriales con competencia, conocerá el asunto la de inferior ámbito territorial.²⁵⁵ No obstante, si existe una limitación territorial en la oferta pública de adhesión al SAC, será competente la Junta Arbitral de Consumo a la que se haya adherido la empresa o profesional y si éstas fueran varias, aquélla por la que opte el consumidor.²⁵⁶

Una vez la Junta Arbitral recibe la solicitud, esta debe adoptar una decisión acerca de la admisión o el rechazo de la misma. Asimismo, examinará la cuestión objeto de conflicto, la cual deberá estar detallada en la solicitud de arbitraje, debiendo realizarse una doble valoración. En primer lugar, la Junta Arbitral tendrá que ver si es competente o no para conocer sobre el conflicto, de conformidad a los criterios establecidos en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero de 2008 por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. En segundo lugar, deberá decidir si la cuestión litigiosa puede ser objeto de arbitraje de consumo o si, por el contrario, es una de las materias que, en virtud del art. 2.2 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero de 2008 se encuentran excluidas de este. El rechazo de una solicitud por parte de la Junta Arbitral podría producirse, por ejemplo, cuando las partes en un litigio sean dos empresas o profesionales.

Si la Junta Arbitral acepta la solicitud de arbitraje, se abren dos posibilidades: a) que el reclamado hubiese realizado oferta pública de sometimiento al Sistema Arbitral de Consumo con respecto a conflictos futuros e hipotéticos con consumidores, en cuyo caso el convenio arbitral queda debidamente formalizado con la mera presentación de la solicitud de arbitraje por el reclamante, siempre y cuando dicha solicitud coincida en sus términos con el ámbito de la oferta; y b) que, al no existir una oferta pública de sometimiento por parte del empresario, la Junta Arbitral deba notificarle la solicitud de arbitraje que deberá aceptar o rechazar en el plazo de 15 días, contados desde la fecha de la notificación. De este modo la fase pre arbitral concluye y, en el supuesto de que se haya podido formalizar con éxito el convenio arbitral, queda abierto el inicio del procedimiento de arbitraje.

Así las cosas, el procedimiento arbitral propiamente inicia con la designación del Órgano Arbitral. De este modo, la Junta Arbitral designará al presidente del Órgano Arbitral, que deberá ser personal al servicio de las administraciones públicas y licenciado en Derecho, salvo que las partes de mutuo acuerdo y atendiendo a la especialidad del objeto de la reclamación soliciten a una persona en concreto. De ser este el caso el presidente de la Junta Arbitral resolverá sobre este particular. De igual forma, en el caso en que la reclamación se dirige contra una entidad vinculada a la Administración pública de la que dependa la Junta Arbitral, las partes podrán designar de mutuo acuerdo al presidente del Órgano Arbitral.

En cuanto a los otros dos miembros del Órgano Arbitral, su designación se ajustará al siguiente esquema: (a) el representante de los consumidores será elegido por la misma Junta Arbitral cuando la reclamación se formule a través de una asociación de consumidores.²⁵⁷ Si la reclamación se presenta directamente por el consumidor en la Junta, la designación se hará de oficio entre los representantes propuestos previamente por las asociaciones de consumidores; (b) el representante de los sectores empresariales será el designado por éstos en la Junta Arbitral de Consumo, cuando el reclamado forme parte de una organización adherida al sistema. En el resto de los supuestos, lo será el designado de oficio entre los

²⁵³ Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero de 2008, artículo 37(1) (BOE 2008, 3527) (España).

²⁵⁴ *Id.* en el art. 8.

²⁵⁵ *Id.*

²⁵⁶ *Id.*

²⁵⁷ Ley 7/2017 de 2 de noviembre de 2017, artículo 2(c) (BOE 2017, 12659) (España) (Organización profesional o asociación empresarial es toda organización o asociación sin ánimo de lucro que reúne a diferentes profesionales o empresas de un sector determinado para la gestión y logro de sus propios fines).

propuestos previamente por las organizaciones empresariales que se hayan adherido a la Junta Arbitral correspondiente.²⁵⁸

El arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho.²⁵⁹ El denominado arbitraje en equidad no requiere que el árbitro tenga conocimientos jurídicos. En estos casos, el árbitro resolverá sólo según su saber y entender, sin atenerse a fundamentación jurídica. Es decir, en los arbitrajes de equidad puede ser árbitro cualquier persona mayor de edad y en pleno uso de sus facultades. En cambio, cuando la decisión es en derecho, el órgano arbitral debe resolver, únicamente atendiendo a la normativa vigente en la materia. Por lo tanto, en estos escenarios, se requiere que el árbitro sea un jurista. En todo caso, los miembros del órgano arbitral decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta las normas jurídicas aplicables. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los miembros aplicarán las que estimen apropiadas.²⁶⁰

Una vez designado el árbitro, procede la celebración de un acto de audiencia. La audiencia es parecida a un juicio, y podrá ser escrita, presencial o a través de videoconferencia. Posteriormente, el Órgano Arbitral emitirá el correspondiente laudo. Cuando el laudo adquiera firmeza este tendrá efectos de cosa juzgada. Sin embargo, según previamente mencionado, la Ley de Arbitraje en el artículo número 48 sobre terminación de las actuaciones y laudo dispone que la forma y el contenido del laudo, en todo caso, será motivado, se regirá por lo dispuesto en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje.

La referida, en su artículo 41 establece los motivos por los cuales podrán anularse los laudos en el siguiente sentido:

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
 - a. Que el convenio arbitral no existe o no es válido.
 - b. Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
 - c. Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.
 - d. Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.
 - e. Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
 - f. Que el laudo es contrario al orden público.
2. Los motivos contenidos en los párrafos b), e) y f) del apartado anterior podrán ser apreciados por el tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida.
3. En los casos previstos en los párrafos c) y e) del apartado 1, la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones

²⁵⁸ Chico de la Cámara, *UNA PROPUESTA PARA LA INTRODUCCIÓN EN NUESTRO SISTEMA ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE MEDIDAS (ADR) 141-68 (2017)*.

²⁵⁹ BOE 2008, 3527, art. 33.

²⁶⁰ *Id.*

no sometidas a decisión de los árbitros o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás.

4. La acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla.²⁶¹

Es pertinente destacar que el laudo arbitral tiene naturaleza jurídico-procesal civil. Esto implica que en aquellos supuestos que pueda ser objeto de recurso de anulación, en virtud de algunos de los referidos motivos del Artículo 41.1, el órgano jurisdiccional competente para conocer de la impugnación será el juez civil. Esto de conformidad con lo establecido en el Artículo 545 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil²⁶² para las sentencias firmes.

Por otra parte, el Artículo 49 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero de 2008, señala que el laudo deberá expresar el plazo o término en que se deberá cumplir lo decidido en él. Por lo tanto, uno de los objetivos esenciales del Sistema Arbitral de Consumo es que las partes cumplan voluntariamente lo ordenado en el laudo. Sin embargo, en algunos supuestos esto no es más que un mero propósito bienintencionado, pues el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero de 2008, no prevé que se siga consecuencia alguna para el caso de que dicho plazo no sea respetado. Por lo tanto, de una parte no cumplir la decisión o lo que ordena el laudo, será necesario que la otra parte acuda a la jurisdicción civil ordinaria a solicitar la ejecución forzosa del mismo.

Ello implica que quien tiene el laudo a su favor, se vea obligado a acudir a la vía judicial, que, irónicamente, es lo que precisamente se pretendía evitar desde un principio con el establecimiento de este sistema extrajudicial de resolución de conflictos. Este hecho puede conducir a que cuando una parte incumpla con el laudo, la otra parte, debido a la escasa cuantía del objeto litigioso, no le sea efectivo acudir a la vía de ejecución ante la jurisdicción civil. Esto claramente implica una pequeña, pero importante, debilidad del sistema arbitral que debe ser corregida.

IV. ESTUDIO COMPARADO: ESTADOS UNIDOS Y ESPAÑA EN LA MANERA DE RESOLVER LAS CLÁUSULAS DE ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO

Mediante este escrito, hemos analizado, disposiciones legales y en rasgos generales el funcionamiento de los mecanismos de arbitraje que se encuentran disponibles en Estados Unidos y en España. Como pudimos observar, tanto Estados Unidos como España cuentan con leyes y mecanismos que regulan el arbitraje de consumo.

Es importante afirmar como una de las grandes diferencias entre ambas jurisdicciones, es que en Estados Unidos las cláusulas de arbitraje son exigibles, mientras, que en España la vía judicial se muestra más atenta. El consumidor podría acudir a la vía judicial en lugar de a la vía arbitral, de acuerdo con la Ley a pesar de que se haya convenido en un contrato de consumo la sumisión de ambas partes a un arbitraje de consumo.

Asimismo, es exigido el cumplimiento de las cláusulas de arbitraje contra los consumidores independientemente de que estas hubiesen sido insertadas en los contratos de "tómalo o déjalo" que acompañan a la venta de bienes y servicios de consumo. En efecto, el hecho de que un consumidor no haya leído o entendido la cláusula compromisoria, incluso que desconozca por completo que el contrato contiene una cláusula compromisoria, no

²⁶¹ Ley 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, artículo 41 (BOE 2003, 23646) (España).

²⁶² Ley 1/2000, de 7 de enero de 2000 de Enjuiciamiento Civil, artículo 545 (BOE 2000, 323) (España).

impide que el consumidor consienta a ella.²⁶³ En los esquemas legales europeos, a diferencia de su contraparte estadounidense, los árbitros y los tribunales de revisión tienen el deber independiente de abordar la posible injusticia de las disposiciones de arbitraje cuando las partes tienen un poder de negociación o recursos desiguales.

En cuanto a organismos adjudicativos, Estados Unidos y España cuentan con mecanismos para dilucidar controversias mediante arbitraje. En los procedimientos de arbitraje estadounidenses, las partes tienen la libertad de pactar las reglas aplicables *ad hoc* o seleccionar una institución arbitral que provea las reglas y administre los procesos. Por ello, en algunas situaciones, el arbitraje puede estar al amparo de las partes y no de una institución que lo administre. En casos de consumidores, el arbitraje *ad hoc* podría representar una carga para el consumidor que podría verse perdido en el proceso al desconocer cómo funciona el concepto, la selección del árbitro o árbitros y el procedimiento, entre otros. Es decir, de entrada, el arbitraje puede ser significativamente más difícil para el consumidor, que para la empresa. Así pues el arbitraje *ad hoc*, “generalmente funciona como un nicho cerrado de práctica legal donde los ‘jugadores repetidos,’ tienen una ventaja comparativa sobre los recién llegados en términos de reputación y vínculos sociales.”²⁶⁴ Además, el empresario que participa constantemente en arbitraje tendría los conocimientos necesarios para estructurar una transacción de la manera más beneficiosa posible para reducir los costos y, a su vez, limitar los derechos del consumidor. A diferencia de Estados Unidos, España cuenta con un adelantado y formado sistema arbitral para consumidores, el cual le permite a un consumidor afectado utilizar un árbitro y obtener un procedimiento informal y extrajudicial. De modo que, en España, se ha evolucionado del arbitraje *ad hoc* hacia el arbitraje administrado. De hecho, el arbitraje institucional es preferido por el 54% de los españoles al arbitraje *ad hoc*.²⁶⁵

Por otro lado, en los procedimientos judiciales, el consumidor estadounidense disfruta de protecciones y del derecho a demandas colectivas, juicios por jurado, y daños punitivos, que generalmente no están disponibles para el consumidor de la Unión Europea. Es decir, en Europa, no existe un derecho a juicio por jurado que pueda ser excluido mediante el uso de acuerdos de arbitraje, y los daños punitivos generalmente no están disponibles. Como el acuerdo de arbitraje canaliza la resolución de la disputa fuera de los tribunales, aunque el consumidor estadounidense termina en el mismo lugar que el consumidor de la Unión Europea, el consumidor estadounidense pierde más protecciones. Por lo tanto, se puede argumentar que en Europa lo que está en juego al permitir los arbitrajes de consumo, no es tan alto como en Estados Unidos.²⁶⁶ En otras palabras, al aceptar el arbitraje, los consumidores en Estados Unidos renuncian a su derecho garantizado constitucionalmente a un juicio por jurado, entre otros.

Así también, sobre posibles ahorros de costos para las empresas en el arbitraje probablemente no sean tan significativos en Europa como lo son en Estados Unidos. Es decir, los comerciantes estadounidenses pueden, mediante el uso de cláusulas de arbitraje, evitar con éxito demandas colectivas, arbitrajes colectivos, juicios con jurado y daños punitivos. El arbitraje puede proteger a dichas empresas no solo de responsabilidad sino también de los costos potencialmente enormes que implica la defensa de demandas o arbitrajes colectivos.²⁶⁷

²⁶³ Stephen J. Ware, *Arbitration Clauses, Jury-Waiver Clauses, and Other Contractual Waivers of Constitutional Rights*, 67 LAW & CONTEMP. PROBS. 167, 171 (2004).

²⁶⁴ Tony Cole, Pietro Ortolani, Barbara Warwas, *Arbitration in Southern Europe: Insights from A Large-Scale Empirical Study*, 26 AM. REV. INT'L ARB. 187, 266 (2015) (traducción suplida).

²⁶⁵ Alfonso López-Ibor, Pablo Henríquez de Luna, Virginia Jove, and Pedro Echeguren, López-Ibor Legal, *Arbitration Procedures and Practice in Spain: Overview*, THOMSON REUTERS PRACTICAL LAW (1 de diciembre de 2022), [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-0133979?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-0133979?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true) (última visita 15 diciembre de 2023).

²⁶⁶ Andreas von Goldbeck, *Consumer Arbitrations in the European Union*, 18 PEPP. DISP. RESOL. L.J. 263, 266 (2018).

²⁶⁷ *Id.* en las pág. 269.

Podemos concluir que en la política pública de Estados Unidos y de España se encuentra el fomentar mecanismos complementarios al sistema adjudicativo tradicional con el fin de impartir justicia de una forma más eficiente, rápida, y económica. No obstante, en Estados Unidos las normas en este campo del derecho parecen adolecer de principios rectores, tales como que el contrato de consumo contenga el correspondiente consentimiento, objeto y causa, temas que son tratados de forma diferente al reconocerse la presencia del sujeto consumidor y que generan mayor cautela en controversias donde existe un desequilibrio entre los contratantes. Por ello, postulamos que Estados Unidos debe adoptar de España los principios normativos básicos que crearon el andamiaje legal y adjudicativo que ha proporcionado estructura y coherencia a los derechos de los consumidores.

IMPLICACIONES

Es cada vez más común que los acuerdos de arbitraje vinculantes se incorporen como una disposición estándar en los contratos de consumo.²⁶⁸ Asimismo, es muy poco probable que el consumidor común lea y ejerza un consentimiento informado y significativo de los términos no esenciales del contrato.²⁶⁹

El consentimiento juega un papel importante en muchas áreas de la ley y como consecuencia los gobiernos deben tomar medidas para asegurar que las partes consintieron a los términos de un contrato, evitando así que una parte se encuentre obligada a cumplir con términos escondidos o desconocidos, siempre que no excedan algunos límites de la razón y la costumbre. Los contratos de consumidores a menudo carecen de las características distintivas del contrato clásico basado en el consentimiento. Sin lectura, no hay asentimiento significativo al contenido concreto de los contratos. Sería aconsejable que se exija el que los consumidores reciban un aviso o notificación razonable de la existencia de los términos de un contrato de forma estándar. De hecho, existe una propuesta para que la formación de los contratos de consumo se realice mediante formularios.²⁷⁰ Esta propuesta podría adelantar considerablemente a erradicar el desconocimiento sobre el contenido contractual al que el consumidor consiente cuando adquiere un bien o un servicio.

Además, sería recomendable, implantar actividades y programas en busca de la concientización a los consumidores de sus derechos. De esta manera, se logra concientizar a las personas al mostrarles la importancia de hacer valer su derecho como consumidor. Asimismo, los mecanismos facultados a adjudicar controversias deben mantener el balance de los derechos al evaluar las controversias.

²⁶⁸ Theodore Eisenberg, Geoffrey P. Miller, Emily Sherwin, *Arbitration's Summer Soldiers: An Empirical Study of Arbitration Clauses in Consumer and Nonconsumer Contracts* 41 U. MICH. J.L. REFORM 871, 76, 89 (2008), (Conforme a un estudio empírico del año 2008, sobre cláusulas de arbitraje en contratos de consumo, publicado en la Revista de Reforma Legal de la Universidad de Michigan, el 81% de las 100 empresas más grandes de EE. UU. frecuentemente utilizan cláusulas de arbitraje en los contratos de consumo. Posteriormente, para el año 2018 al menos 826,537,000 acuerdos de arbitraje vinculante estaban en vigor en EE. UU. La población total de EE. UU. en ese entonces era de 328, 000,000).

²⁶⁹ Caroline Cakebread, *You're not alone, no one reads terms of service agreements*, BUSINESS INSIDER (15 de noviembre de 2017) <https://www.businessinsider.com/deloitte-study-91-percent-agree-terms-of-service-without-reading-2017-11>, (última visita 15 de diciembre de 2023).

²⁷⁰ Jeffrey W. Stempel, *How to Make A Dead Armadillo: Consumer Contracts and the Perils of Compromise*, 32 LOY. CONSUMER L. REV. 605, 61-62 (2020).

CONCLUSIÓN

Países de todo el mundo han adoptado la noción de que el arbitraje debe operar de una manera fundamentalmente adaptable a las necesidades de las partes y de los profesionales del derecho involucrado en la controversia.²⁷¹ La consecuencia inmediata de esta libertad, sin embargo, es que el arbitraje inevitablemente se desarrollare de manera diferente en diferentes contextos.²⁷² La importancia de mirar a otros lugares más experimentados y desarrollados en cierto campo de derecho, en este caso el arbitraje de consumo es buscar la solución más equilibrada, más justa.

²⁷¹ Griselle V. López Pereira, *Derecho Comparado: Derecho del Consumidor en España*, REV. DER. P.R. 323, 23-25 (2012).

²⁷² *Id.*