

LA ACCIÓN DE ANULACIÓN DEL LAUDO Y LOS SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 19 de octubre de 2004)

Victoria Picatoste Bobillo*

Universidade de Santiago de Compostela

SUMARIO:

I. Antecedentes. II. Comentario. 1. Introducción. 2. Motivos de anulación. 3. Conclusiones.

I. Antecedentes

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2ª) de 19 de octubre de 2004 estima la acción de anulación interpuesta por Telefónica de España, S.A.U., contra el Laudo de equidad dictado en fecha 23 de abril de 2004 por la Junta Arbitral Provincial de Consumo de Cádiz. En esta resolución arbitral se condena a la empresa al reintegro de las cantidades facturadas en concepto de Servicios de Tarificación Adicional, que habían sido abonadas por el reclamante. En primer término, y antes de proceder al análisis y comentario de los fundamentos de derecho de la sentencia citada, es necesario explicar brevemente el concepto de Servicios de Tarificación Adicional. La regulación esencial en esta materia es la Orden PRE/361/2002 (en adelante Orden 2002), de 14 febrero, de desarrollo, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los Servicios de Tarificación Adicional, del Título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones, que ha sido modificada recientemente por la Orden PRE/2410/2004, de 20 de julio. Según lo dispuesto en el Capítulo III de la Orden 2002 pueden definirse como Servicios de Tarificación Adicional aquellos que, a través de la marcación de un determinado código, conllevan una retribución específica y añadida al

* Área de Derecho Civil.

coste del servicio telefónico que se cobra en concepto de remuneración a un prestador de servicios de información, comunicación u otros. No se trata, por tanto, de servicios de telecomunicaciones, sino que son servicios de información o comunicación pero que precisan de un soporte telefónico que se presta por los operadores de telecomunicaciones. Estos operadores van a facturar a los usuarios las llamadas dirigidas a los Servicios de Tarificación Adicional y a realizar su cobro, retribuyendo los importes relativos a los Servicios de Tarificación Adicional al prestador de los mismos.

En el apartado quinto de la Orden 2002 se crea "la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional, órgano colegiado de carácter interministerial integrado en el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio", a la que se encomienda entre otras, la elaboración, aprobación y, en su caso, modificación, de un Código de Conducta para la prestación de los Servicios de Tarificación Adicional. Este Código de Conducta se aprueba por la Resolución de 30 de diciembre de 2002 de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de Información. A pesar de la minuciosa regulación de la forma en que habrán de prestarse los Servicios de Tarificación Adicional, incluyendo normas sobre el funcionamiento de estos servicios, la publicidad de los mismos o los precios, y de la declaración en su apartado 1.1.3 del carácter vinculante del Código de Conducta para todos los prestadores de Servicios de Tarificación Adicional y operadores de telecomunicaciones, lo cierto es que los problemas que se han planteado en torno a la prestación de estos Servicios de Tarificación Adicional son continuos y están causando graves perjuicios a los consumidores y usuarios. No obstante, hay que advertir en este punto que son solo algunas empresas prestadoras de Servicios de Tarificación Adicional las que han venido desarrollando una serie de prácticas fraudulentas en la prestación de estos servicios. Se destacan, por ser las más comunes, aquellas consistentes en la alteración de las conexiones a Internet reconfigurando la marcación del acceso a redes del usuario y sustituyéndola por un código de acceso de tarificación adicional. En todos estos casos no existe un consentimiento válido emitido por el usuario, ya que, bien desconoce que se están realizando estas conexiones, o bien actúa con una absoluta falta de información sobre las condiciones en que se prestan estos servicios. Precisamente sobre estos hechos se pronuncia el laudo objeto de anulación, pero la parte reclamada es la empresa de telecomunicaciones que presta el servicio de soporte de línea a una empresa

de tarificación adicional y que además gestiona el cobro de las cantidades adeudadas por ese servicio de comunicación o información con coste añadido. En el apartado siguiente se analizará con más detenimiento esta problemática que no está exenta de polémica y sobre la que ya existen algunos pronunciamientos judiciales que citaremos a medida que se vayan poniendo de relieve las distintas cuestiones que se plantean.

II. Comentario

1. Introducción

La Sentencia objeto de estudio resuelve la acción de anulación interpuesta por Telefónica de España, S.A.U., al amparo de lo dispuesto en el Título VII, de la Ley 60/2003 de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003 (en adelante LA 2003). Así, bajo la rúbrica “De la anulación y de la revisión del laudo” se integran una serie de preceptos que regulan la posibilidad de que las partes insten la intervención judicial en relación con los laudos definitivos o firmes, según se interponga la acción de anulación o se solicite la revisión del laudo¹. En el artículo 40, se declara que “contra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título”. A continuación, el artículo 41 enumera los motivos tasados en los que podrá fundarse la anulación y se fija como plazo de ejercicio de la acción el de los dos meses siguientes a la notificación del laudo. Por último el artículo 42 se dedica al procedimiento de anulación del laudo remitiéndose a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC 2000), y advirtiendo en último lugar que “contra la sentencia que se dicte no cabrá recurso alguno”.

Se destaca como una de las novedades de la LA2003 el cambio de denominación con respecto a su antecesora, la Ley 36/1988 de 5 de diciembre de arbitraje (en adelante LA 1988) que trataba en sus artículos 45 y siguientes del “recurso de anulación” del laudo arbitral. Según el legislador de 2003 “se evita la expresión «recurso», por resultar técnicamente incorrecta. Lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo”². A pesar de esta declaración, se advierte claramente que la configuración de esta acción de impugnación recuerda a la de un recurso

¹ cfr. arts. 40 a 43 LA2003

² cfr. Considerando VIII de la Exposición de Motivos LA2003

extraordinario³; la previsión de un plazo preclusivo para su ejercicio⁴; la imposibilidad de entrar a conocer el fondo del asunto por el órgano judicial⁵; la enumeración tasada de los motivos en que habrá de fundarse la petición de anulación⁶; el efecto de cosa juzgada que se predica del laudo⁷, beneficiándose además cuando es firme del principio de inmodificabilidad de las sentencias judiciales firmes⁸; la aplicación de las normas de la LEC 2000 sobre ejecución forzosa, aun con carácter provisional⁹.

De todo lo expuesto puede deducirse la cada vez mayor equiparación del procedimiento arbitral al procedimiento judicial en primera instancia, y así parece entenderse en el marco europeo al quedar el arbitraje fuera del ámbito de aplicación del Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos, aprobado por la Comisión Europea el 19 de abril de 2002. Concretamente en su apartado 1.1.2 dice que “la noción de modalidad alternativa de solución de conflictos designa los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos aplicados por un tercero imparcial, de los que el arbitraje propiamente dicho queda excluido(...)[2] Efectivamente, el arbitraje es un tipo de resolución de litigios más cercano a un procedimiento judicial que a las modalidades alternativas en la medida en que el objetivo de la sentencia arbitral es sustituir a la decisión de justicia”.

Para concluir este apartado es inevitable acudir al texto de la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (en adelante Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL) que actúa como el “principal criterio inspirador” de la LA 2003, en palabras de su propia Exposición de Motivos. En el artículo 34 de la Ley Modelo se regula la impugnación del laudo, estableciendo en su apartado primero que “contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3)

³ cfr. los argumentos que frente a esta afirmación vierte YÁÑEZ VELASCO, R. en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje-Tirant lo blanch-* Valencia, 2004, p. 820.

⁴ cfr. art. 41.4 LA2003; SSTS de 1 de octubre de 1990 y de 4 de octubre de 1993; SSAP de Sevilla de 20 de diciembre de 2002 y de 20 de julio de 2003.

⁵ cfr. Considerando VIII de la Exposición de Motivos LA2003; SSAP de Madrid de 19 de abril de 1994 y de 14 de septiembre de 1990; SAP de Barcelona de 12 de mayo de 1992

⁶ cfr. art. 41.1 LA2003; STS de 4 de octubre de 1993

⁷ cfr. art. 43 LA2003; STS 28 de julio de 1995

⁸ cfr. STC 288/ 1993 de 4 de octubre

⁹ cfr. Considerando IX de la Exposición de Motivos y arts. 44 y 45 LA2003

del presente artículo”, que establecen los motivos por los que puede solicitarse la anulación del laudo y el plazo de interposición, que se fija en los 3 meses siguientes a la fecha de la recepción del laudo. En la Nota Explicativa redactada por la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) con una vocación meramente informativa, al comentar la regulación de la Ley Modelo sobre la impugnación del laudo arbitral pone de relieve la necesidad de unificar la regulación de los Estados europeos en esta materia ya que “las leyes nacionales sobre arbitraje, que a menudo equiparan los laudos a las decisiones judiciales, establecen varios recursos contra los laudos arbitrales, con plazos diversos y por lo general dilatados y con extensas listas de motivos que difieren ampliamente de uno a otro ordenamiento jurídico”. De este modo propone como “primera medida para mejorar esa situación (...) admitir solamente un tipo de recurso, con exclusión de cualesquiera otros recursos establecidos en otra ley procesal del Estado de que se trate”.

Esta pretendida uniformidad en el sistema de impugnación de los laudos se comprende fácilmente desde un punto de vista teleológico, ya que la Ley Modelo está pensando esencialmente en un arbitraje internacional en el que las partes de un conflicto van a pertenecer a distintos Estados y es atributivo de la seguridad jurídica conocer los medios de que se dispone para hacer cumplir la legalidad. Desde este prisma y en relación con la regulación de la Ley española, se plantea la duda sobre la procedencia de la revisión de los laudos firmes como medio de impugnación además de la acción de nulidad. No obstante hay que distinguir el objeto de la revisión que se dirige contra los laudos firmes, de la pretensión de anulación que se proyecta sobre los laudos definitivos. La Secretaría de la CNUDMI también se refiere a la utilización del vocablo “recurso” en la regulación del proceso de impugnación señalando que “recurso” significa recurso a un tribunal judicial, es decir a un órgano del poder judicial de un Estado. Aunque esta aclaración parece dirigida más a la improcedencia de atribuir la competencia para declarar la nulidad de un laudo a un órgano no jurisdiccional, ello no significa impedir “que las partes recurran a un tribunal arbitral de segunda instancia si han previsto de común acuerdo esa posibilidad (como es frecuente en algunos intercambios de productos básicos)”.

En nuestra doctrina son varios los autores que alaban la precisión conceptual de la nueva LA 2003 recordando la naturaleza del procedimiento

arbitral como una vía de solución de conflictos alternativa a la judicial¹⁰ y celebrando el cambio de denominación con respecto a su antecesora, la LA 1988¹¹. En todo caso, quizá pueda pensarse que esta cuestión es meramente terminológica y que en la práctica procedimental no va a tener mayor trascendencia. Por lo pronto se apuntan algunas situaciones en las que las normas aplicables difieren según se considere la petición de anulación una acción que abre un proceso judicial o un medio de impugnación de carácter extraordinario por el que se procuran las garantías formales de un procedimiento arbitral.

En primer lugar en materia de costas, según el Capítulo VIII del Título I del Libro II de la LEC 2000, las reglas aplicables no serán necesariamente las mismas según si la condena sea en primera instancia o en casación. De hecho la sentencia objeto de comentario no hace “especial pronunciamiento en costas, según el artículo 398.2 de la LEC 2000”, que precisamente es la norma aplicable en materia de costas para la casación. En segundo término con respecto a la legitimación de las partes para instar la anulación, como dice CUCARELLA GALIANA¹² estará legitimada activamente “quien haya sido parte en el procedimiento arbitral y tenga un interés jurídicamente relevante en la anulación del laudo”, y no solo la parte a quien afecte desfavorablemente la resolución, como procedería si se aplicara la norma de legitimación prevista en materia de recursos en la LEC 2000, concretamente en su artículo 448. Por último, en relación con el cómputo del plazo para interponer la acción de anulación podrá tener cierta relevancia en el sentido de que si se concibe el arbitraje en una esfera meramente privada, deberán incluirse los días inhábiles en el cómputo del plazo, según lo dispuesto en el artículo 5 del Código Civil; en cambio, si se atiende al carácter procedimental de algunas

¹⁰ cfr. entre otros YAÑEZ VELASCO, que se refiere a esta cuestión exponiendo que “la inexistencia de un verdadero proceso judicial preexistente a la acción de anulación ha venido permitiendo descartar la noción de auténtico recurso”, aunque señala que la utilización de este vocablo para algunos autores “subraya la función jurisdiccional que el laudo pretende como título de ejecución (...)”, op. cit., p. 811; véase también el comentario de este autor sobre la creación de un procedimiento judicial específico para conocer de la anulación del laudo, que ha servido como argumento a parte de la doctrina que postula el carácter de verdadero recurso de la acción de nulidad, op. cit., p. 813.

¹¹ Así, BARONA VILAR considera que con la LA2003 “la situación felizmente ha cambiado”, cfr. *Comentarios a la Ley de Arbitraje AA.VV.* (Coord. BARONA VILAR, S.)-Thomson-Civitas-Madrid, 2004, p.1343.

¹² CUCARELLA GALIANA, L.A., *El procedimiento arbitral* -Publicaciones del Real Colegio de España-Bolonia, 2004, p. 216

normas reguladoras del arbitraje, habrá que sostener la naturaleza procesal de este plazo preclusivo y por tanto contar sólo los días hábiles¹³.

La acción de anulación habrá de interponerse ante la Audiencia Provincial del lugar donde el laudo se hubiere dictado¹⁴. Sin entrar aquí a valorar la legitimidad de la atribución de esta competencia objetiva por una ley ordinaria y no por la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ)¹⁵, como se ordena en el artículo 122 de la Constitución¹⁶, la designación de la Audiencia Provincial como órgano competente para conocer de la anulación del laudo arbitral es lógica según mi parecer, por la sistemática propia de este medio impugnatorio que se asimila a la de los denominados recursos extraordinarios. Es cierto que si pensamos en el recurso extraordinario por antonomasia en nuestra legislación procesal, el recurso de casación, procedería señalar como tribunal competente para decidir sobre la validez de las resoluciones arbitrales al Tribunal Supremo, tal y como se hacía en la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953, asegurando además de este modo la uniformidad de criterio. No obstante la LA 2003 sigue a su antecesora, la LA1988, que justificaba en su Exposición de Motivos la designación como órgano competente para conocer del recurso a la Audiencia Provincial porque “es ésta una decisión ecléctica entre la regulación vigente de los recursos contra el laudo, cuyo conocimiento se atribuye al Tribunal Supremo, como si de una sentencia se tratara, y los que postulan que, siendo el laudo una decisión puramente privada, su anulación debería incumbir a los Juzgados de Primera Instancia. La Ley ha optado por la vía intermedia, consciente de que un órgano pluripersonal con competencias en el orden civil como la Audiencia Provincial, tal y como aparece configurada en la Ley Orgánica del Poder Judicial, podía ser el adecuado para conocer de la anulación”. Ante el silencio de la legislación vigente, hay que conformarse con este argumento anterior que a mi juicio es más oportunista que jurídico.

De nuevo, podría ser interesante acudir al texto de la Ley Modelo de UNCITRAL, pues como bien dice CUCARELLA GALIANA “este criterio inspirador de la LA nos va a obligar (...) a prestar atención al contenido de

¹³ La jurisprudencia se muestra contradictoria en cuanto a esta cuestión, cfr. SSAP de Sevilla de 20 de diciembre de 2002 y de 20 de julio de 2003.

¹⁴ cfr. art. 8.5 LA2004

¹⁵ cfr. art. 82 LOPJ

¹⁶ Tal y como denuncia CUCARELLA GALIANA, cfr., op. cit., p. 214

la Ley Modelo CNUDMI (...). El articulado de esta Ley y los trabajos desarrollados por la CNUDMI nos van a permitir extraer criterios para interpretar y entender mejor el contenido de la LA 2003¹⁷. En la Ley Modelo se declara en el artículo 6 que cada Estado designará el tribunal o tribunales, o la autoridad competentes para intervenir cuando así lo disponga la ley: en el nombramiento y recusación de los árbitros¹⁸; en la valoración de la competencia del tribunal arbitral¹⁹; y en la declaración de nulidad del laudo arbitral²⁰. En la Nota Explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Ley Modelo con una vocación meramente informativa, se establece que estas funciones “deben encomendarse, con el fin de lograr la centralización, especialización y aceleración, a un tribunal judicial especialmente designado o, en lo que respecta a los artículos 11, 13 y 14, posiblemente a otra autoridad (por ejemplo, institución arbitral, cámara de comercio)”.

En cambio, la LA 2003 no cumple este esquema propuesto en el texto internacional, pues se designa al Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje como órgano competente para resolver sobre el nombramiento de los árbitros²¹ cuando sea necesario según lo dispuesto en el artículo 15 de la LA 2003; mientras que en lo que respecta a la recusación, en tanto ésta no prospere con arreglo al procedimiento descrito en el artículo 18 de la LA 2003, se dispone en el último apartado de este mismo precepto que “la parte recusante podrá, en su caso, hacer valer la recusación al impugnar el laudo”, esto es, ante la Audiencia Provincial del lugar donde se hubiere dictado el laudo²².

Al hilo de esta exposición me parece interesante comentar algunos extremos que ponen de manifiesto a mi juicio la impericia del legislador español que ha desaprovechado una oportunidad para ir más allá en la regulación de la institución arbitral acogiendo, precisamente, algunas propuestas de la Ley Modelo. En el caso de la intervención judicial en materia de recusación se obliga, como comentaba en el párrafo anterior, al recusante a esperar que se dicte un laudo sobre el fondo del asunto para poder impugnar

¹⁷ cfr. CUCARELLA GALIANA, L.A., op. cit., pg.28

¹⁸ cfr. arts. 11 a 13 Ley Modelo CNUDMI

¹⁹ cfr. art. 16 Ley Modelo CNUDMI

²⁰ cfr. art. 34 Ley Modelo CNUDMI

²¹ cfr. art. 8.1 LA2003

²² cfr. art. 8.5 LA2003

la decisión arbitral desestimando la recusación planteada²³. Si por este motivo se anula el laudo dictado significará comenzar de nuevo el procedimiento arbitral. En definitiva, este hecho se traduce en una pérdida de dinero y tiempo, o lo que es lo mismo, en un choque frontal con dos de los principios que son inherentes a la institución arbitral: los principios de celeridad y de economía. No obstante si se concede esta facultad en el artículo 22.3 de la LA2003 que permite impugnar mediante el ejercicio de la acción de nulidad las decisiones de los árbitros sobre las excepciones planteadas por las partes que impidan entrar en el fondo de la controversia, sin que por ello se suspenda el procedimiento arbitral y lógicamente cuando estas decisiones se dicten con carácter previo al laudo que decida sobre el fondo del asunto. Es plausible en este caso la decisión del legislador español pues copia el artículo 16.3 de la Ley Modelo CNUDMI que como informa la Nota Explicativa de la Secretaría de la CNUDMI “prevé la supervisión judicial inmediata a fin de evitar innecesario derroche de dinero y tiempo. No obstante, se añaden tres salvaguardias procesales para reducir el riesgo y los efectos de las tácticas dilatorias: un plazo breve para recurrir al tribunal judicial (30 días), la inapelabilidad de la resolución del tribunal judicial, la facultad discrecional del tribunal arbitral de proseguir las actuaciones y dictar un laudo mientras esté pendiente la cuestión ante el tribunal judicial”.

A la vista de lo dispuesto anteriormente se advierte de forma incomprensible que el artículo 22.3 de la LA 2003 no fija un plazo determinado para la impugnación de la decisión arbitral. Tampoco se comprende la decisión de la LA 2003 de hacer caso omiso a la invitación de la Ley Modelo cuando en el apartado 4º de su artículo 34.4 dice que “el tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad”. La ley española no señala excepción alguna a la declaración del artículo 38, que en su apartado primero dispone que “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, sobre notificación y, en su caso, protocolización del laudo, y en el artículo siguiente, sobre su corrección, aclaración y complemento, las

²³ cfr. art. 18.3 LA2003

actuaciones arbitrales terminarán y los árbitros cesarán en sus funciones con el laudo definitivo”.

2. Motivos de anulación

A continuación procede el análisis de los motivos de anulación del laudo arbitral que se recogen con carácter tasado en el artículo 41.1 de la LA2003. Comienza este precepto diciendo que el laudo “sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe” alguno de los extremos que se enumeran a continuación y que son sustancialmente los mismos que los propuestos en la Ley Modelo de UNCITRAL²⁴. Siguiendo a CUCARELLA GALIANA²⁵, se pueden sistematizar los motivos de la ley distinguiendo tres bloques: un primer bloque de motivos que comportarían la incompetencia total de los árbitros porque el convenio arbitral no existe o no es válido²⁶; en un segundo grupo se encontrarían aquellos motivos fundados en el exceso de competencia del árbitro, es decir, cuando el árbitro resuelve cuestiones no sometidas a arbitraje o cuando el laudo sea contrario al orden público²⁷; y por último en una tercera categoría se incluirían aquellos motivos relativos al incumplimiento de las normas y principios básicos del procedimiento arbitral²⁸.

En la Sentencia objeto de este comentario, la empresa Telefónica de España, S.A.U. alega como motivos de anulación del laudo dictado por la Junta Arbitral de Consumo de Cádiz los contenidos en las letras c) y e) del artículo 41.1 de la LA 2003: que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión y que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje, respectivamente. Ambos motivos se fundan en

²⁴ cfr. art. 34.2 de la Ley Modelo CNUDMI. Como apunte de interés hay que fijarse que a su vez la Ley Modelo UNCITRAL toma este listado de motivos de la Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales celebrada en Nueva York el 10 de junio de 1958 y van a ser estos mismos motivos los que condicionen el reconocimiento y ejecución de laudos (cfr. art. 36 Ley Modelo CNUDMI). Esta dualidad de motivos para la anulación y la ejecución ya se observa en la Convención de Ginebra sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961.

²⁵ cfr., op. cit., p. 218.

²⁶ cfr. art. 41.1, letra a) LA2003; cfr. también sobre las categorías de ineficacia YÁÑEZ VELASCO, R., op. cit., ps. 838 y ss.; también BARONA VILAR, S., op.cit., ps. 1377 y ss.

²⁷ cfr. art. 41.1, letras c), e) y f) LA2003; SAP de Barcelona de 30 de enero de 2004.

²⁸ cfr. art. 41.1, letras b) y d) LA2003

la exclusión de materias consignadas en la Oferta Pública de Sometimiento de Telefónica al Sistema Arbitral de Consumo en vigor desde el 15 de julio de 2003. En mi opinión, en este momento deviene imprescindible explicar sucintamente el significado de la denominada Oferta Pública de Sometimiento en el esquema del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, que regula el Sistema Arbitral de Consumo (en adelante RD 1993) previsto en el artículo 31 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGDCU 1984).

Esta consagración de la institución arbitral en el marco del Derecho de consumo demanda unas reglas específicas dirigidas a proteger a la parte vulnerable de la relación jurídica de que se trate. Así, en el ámbito de las relaciones de consumo se impone la denominada unidireccionalidad en virtud de la que la legitimación activa para iniciar el procedimiento arbitral se reserva al usuario. No obstante, es presupuesto necesario el sometimiento voluntario de las partes de la controversia al arbitraje de consumo, y mientras en la LA2003 el momento de perfección del convenio arbitral nace del mero acuerdo de voluntades de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de sus controversias pudiendo constar bien como cláusula en un contrato, bien como acuerdo independiente²⁹, en el ámbito del arbitraje de consumo el momento de perfección del convenio coincidirá con el inicio del procedimiento si la empresa reclamada hubiese emitido una Oferta Pública de Sometimiento con carácter previo a la solicitud de arbitraje por el consumidor³⁰; o si no existe una oferta pública de sometimiento por la empresa, será necesaria su aceptación para que se perfeccione el convenio de arbitraje³¹.

En el primer supuesto, que es el que se da en el caso que se analiza, se destaca la mención final del artículo 6.1 del RD 1993 cuando advierte que el convenio arbitral quedará formalizado “con la presentación de la solicitud de arbitraje por el reclamante, siempre que dicha solicitud coincida con el ámbito de la oferta”. En el apartado siguiente de este mismo precepto se recogen los requisitos de la oferta pública por la que una empresa se adhiere al sistema arbitral de consumo: en primer término, el ámbito de la oferta; por supuesto, también habrá de expresar el sometimiento al arbitraje de

²⁹ cfr. art. 9 LA2003

³⁰ cfr. art. 6 RD1993

³¹ cfr. art. 9 RD1993

consumo de forma expresa; el compromiso de cumplimiento del laudo arbitral; y por último, la oferta habrá de señalar el plazo de validez de la oferta, "que en caso de no constar se entenderá realizada por tiempo indefinido". Por lo tanto, Telefónica de España, S.A.U., en el supuesto concreto de que conoce la Sentencia comentada, alega que la reclamación que presentó el consumidor ante la Junta Arbitral de Cádiz se refiere a una materia que está excluida del ámbito de la Oferta de Sometimiento que emitió el 21 de enero de 2003 para producir sus efectos desde el 15 de julio del mismo año y por lo tanto no puede ser objeto de arbitraje.

Aclarado este extremo, se recuerdan los motivos de anulación aducidos por la empresa recurrente que hacían referencia por una parte a que los árbitros habían decidido sobre cuestiones no sometidas a su conocimiento y por otra que la materia no era susceptible de arbitraje por la exclusión del ámbito de la oferta de sometimiento. En cuanto al primer motivo, no parece procedente en este supuesto concreto ya que según los hechos descritos, parece que era la única cuestión sometida al conocimiento arbitral. Como se expone en la Sentencia de anulación estamos ante un problema de incongruencia ya que el laudo se pronuncia sobre cuestiones que no fueron objeto del procedimiento arbitral; sin embargo, considero que en este caso la cuestión sobre la que se decide ha sido planteada por la parte solicitante del arbitraje, sin perjuicio de que la otra parte no acepte el arbitraje sobre esta materia y así lo alegue. En lo que se refiere al segundo, parece más adecuado al caso, especialmente si se alega en las condiciones que se describen a continuación. Como se ha mostrado, según el RD 1993 el convenio arbitral se formaliza una vez interpuesta la solicitud de arbitraje por el consumidor ante la Junta Arbitral competente siempre que coincida con el ámbito de la oferta de sometimiento emitida por la empresa reclamada. Por lo tanto, si no se da esta coincidencia material como parece suceder en el caso presente, el convenio arbitral simplemente no existe o no es válido. Ya que la inexistencia o invalidez del convenio arbitral está previsto como uno de los motivos de anulación del laudo en el artículo 41 de la LA 2003, entiendo que este ha de ser el principal motivo de anulación alegado por la empresa que insta la anulación, especialmente cuando no hay otros puntos controvertidos que se sometan a la decisión arbitral, ya que en este caso el convenio sería válido, pudiendo pretender la empresa actora únicamente la anulación del pronunciamiento

sobre la materia no susceptible de arbitraje³². De esta forma el motivo de anulación fundado en que la materia no es arbitrable, debería interponerse como subsidiario de la inexistencia o invalidez del convenio arbitral³³, aunque en todo caso podría ser apreciado de oficio por el tribunal judicial³⁴.

La sentencia continúa exponiendo cómo resuelve esta cuestión el Colegio Arbitral que dictó el laudo recurrido. Parece que el órgano decisor acoge las alegaciones de la parte solicitante del arbitraje según las que la exclusión de las reclamaciones que se refieran a los Servicios de Tarificación Adicional no es aplicable a las facturas reclamadas ya que son de fecha anterior a la de la entrada en vigor de la nueva Oferta Pública de Sometimiento de Telefónica (15 de julio de 2003). Según esta tesis habría que estar al ámbito material definido en la anterior Oferta Pública de Sometimiento emitida por Telefónica de España, S.A.U., en fecha 14 de diciembre de 1993 y modificada el 1 de junio de 1995, y en este documento no se excluyen del ámbito de la oferta las reclamaciones referidas a los Servicios de Tarificación Adicional. La sentencia objeto de comentario con respecto a esta afirmación declara acertadamente que habrá que aplicar lo dispuesto en la oferta de sometimiento que estuviera en vigor en el momento de la presentación de la solicitud por el consumidor y no de los hechos objeto de la controversia. Efectivamente así se dispone en el escrito emitido por Telefónica de España, S.A.U. en el que, previamente a la descripción de los nuevos términos de adhesión al sistema arbitral, deja sin efecto la oferta de sometimiento anterior (suscrita el 14 de diciembre de 1993 y modificada el 1 de junio de 1995) manifestando que “en consecuencia, los efectos de la nueva oferta comenzarán a producirse el 15 de julio de 2003 y las solicitudes de arbitraje presentadas a partir de dicha fecha ante la Junta Arbitral de Consumo que corresponda, solo serán aceptadas por Telefónica de España, S.A.U. si se acomodan a la nueva Oferta”.

Para finalizar me gustaría hacer referencia lo más brevemente posible a los distintos argumentos que pueden aducirse en torno a las cuestiones que se han expuesto al hilo de la resolución comentada. A mi juicio el primer punto de reflexión es el que se refiere a la competencia objetiva de los árbitros. Mientras que en la Sentencia se concluye que “la cuestión debatida puede

³² cfr. art. 41.3 LA2003

³³ cfr. sobre la posible acumulación de pretensiones de nulidad y la incompatibilidad entre algunas de ellas, CUCARELLA GALIANA, L.A., op. cit., p. 220.

³⁴ cfr. art. 41.2 LA2003

ser incardinada dentro de las dos causas de anulación” alegadas por la empresa Telefónica de España, S.A.U.³⁵, yo, como ya he puesto de manifiesto en párrafos precedentes, considero más lógica (en este caso concreto en que la controversia se refiere únicamente a la facturación de los Servicios de Tarificación Adicional) la anulación por la inexistencia o invalidez del convenio arbitral³⁶ ya que parte de la incompetencia total de los árbitros. No obstante, hay que tener en cuenta la declaración del artículo 22 de la LA2003 según el que “los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia”. El pronunciamiento sobre alguna de estas excepciones podrá ser previo o realizarse en el mismo laudo que decide la cuestión de fondo y será impugnabile en todo caso³⁷. Por lo tanto, el hecho de que una de las partes oponga como excepción al arbitraje la incompetencia de los árbitros para decidir sobre una materia no comporta automáticamente que el órgano decisor deba abstenerse de conocer, pues se estaría vulnerando la regla general en materia de contratos consignada en el artículo 1256 del Código Civil según la que “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

En cualquier caso, según mi opinión, y aunque no lo exija expresamente la LA 2003, la decisión por el órgano arbitral habrá de ser motivada ya sea estimatoria como desestimatoria de la excepción de incompetencia. Sobre esta base, en el caso concreto que se nos plantea en torno a la exclusión en la Oferta Pública de Telefónica, el órgano arbitral deberá examinar de oficio su competencia y fundamentar su decisión. Un ejemplo paradigmático puede encontrarse en el argumento aducido por algunos Colegios Arbitrales de la Comunidad Autónoma de Galicia en virtud del que se consideran competentes para entrar a conocer el fondo del asunto en las reclamaciones presentadas contra Telefónica de España, S.A.U. en materia de Servicios de Tarificación Adicional. Según su tesis la literalidad de la cláusula contenida en la oferta de sometimiento de esta empresa, a la que se ha hecho referencia con anterioridad, excluye las reclamaciones que “se fundamenten en la forma de prestación del servicio por parte del proveedor, por ser competencia de la

³⁵ cfr. art. 41.1, letras c) y e) LA2003.

³⁶ Cfr. art. 41.1, letra a) LA2003.

³⁷ cfr. art. 22.3 LA2003

Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional según la Orden 2002 de 14 de febrero relativa a los derechos de los usuarios y a los Servicios de Tarificación Adicional”. Dado que las reclamaciones presentadas versan sobre la facturación de estos números de tarificación adicional y no pretenden un pronunciamiento sobre el modo de prestación del Servicio de Tarificación Adicional ni sobre las eventuales responsabilidades derivadas cuando aquel incumpliera las prescripciones legales, el órgano resolutorio se estima competente para conocer del conflicto planteado. Esta valoración positiva de su competencia no es incompatible con la atribución, a la que hace referencia Telefónica de España, S.A.U. en su escrito, a la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional en el apartado quinto de la Orden 2002 del “control y seguimiento del cumplimiento del Código de Conducta, tanto por parte de los operadores, como por parte de los prestadores de servicios de tarificación adicional.”

Otra cuestión controvertida que se ha puesto de manifiesto en varias resoluciones arbitrales es el incumplimiento del deber de información que impone al operador de telecomunicaciones el apartado 3º, párrafo 3 de la ya citada Orden 2002, según el cual “las facturas o documentos de cargo que se emitan por los operadores que presten el servicio telefónico disponible al público para el cobro de los servicios prestados, deberán reflejar, de manera adecuada para ser percibido claramente por el destinatario, el derecho a desconectarse de los Servicios de Tarificación Adicional”³⁸. Este precepto tan solo es una transposición del derecho básico de los consumidores y usuarios a obtener “la información correcta sobre los diferentes productos o servicios (...) para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute”³⁹. Es más, el Capítulo IV de este cuerpo legal bajo la rúbrica “Derecho a la información” desarrolla las manifestaciones esenciales de este derecho y establece en el artículo 13.1 como información esencial sobre los bienes, productos y servicios puestos a disposición de los consumidores, entre otros extremos: “las instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo,

³⁸ Sobre este deber de información se advierte en los laudos dictados por el Colegio Arbitral de la Junta Arbitral Provincial de Pontevedra que “según la Resolución dictada por la Comisión de los Servicios de Tarificación Adicional, en fecha 22 de mayo de 2002, ese organismo considera que “la obligación de informar a los abonados del derecho de desconexión de los servicios de tarificación adicional ha sido cumplida por Telefónica de España, S.A.U., con las facturas emitidas entre el 16 de abril y 16 de junio de 2002”.

³⁹ cfr. art. 2º.1, letra d) LGDCU1984

advertencias y riesgos previsibles⁴⁰; y también el precio completo del producto o servicio y el importe de los incrementos o de los costes adicionales⁴¹.

En lo que se refiere al precio, en el supuesto sobre el que se está tratando hay que distinguir dos conceptos en el importe facturado por los Servicios de Tarificación Adicional, ya se presten vía telefónica o telemática: por una parte el coste del servicio telefónico o de línea que presta el operador de telecomunicaciones (servicio soporte); y por otra, la remuneración por los Servicios de Tarificación Adicional (servicios de información o de comunicación). Sin embargo, los consumidores cuando contratan Servicios de Tarificación Adicional, sea de forma voluntaria o involuntaria, no tienen acceso en ningún momento a la información sobre el importe correspondiente a cada uno de los servicios (los que se prestan por la operadora y por otro lado los que se prestan por la empresa de tarificación adicional). Esta información podrá obtenerla una vez emitida la factura por el operador solicitando el denominado desglose de la factura que se prevé en el párrafo tercero del apartado 8º de la Orden 2002 y que consiste en “separar la parte correspondiente al servicio soporte de los Servicios de Tarificación Adicional de la parte correspondiente a los servicios de información o comunicación”.

En cualquier caso, el Colegio Arbitral no podrá pronunciarse sobre la responsabilidad del prestador de servicios, ni por supuesto declarar la anulación de la deuda por los Servicios de Tarificación Adicional ya que el prestador de estos servicios no es parte en el procedimiento arbitral, fundamentalmente porque el consumidor no conoce su identidad; además, debido a las actuaciones presuntamente delictivas de estos prestadores de servicios sería una materia excluida del arbitraje de consumo por la ley⁴². Lo que sí puede declarar el órgano arbitral es la suspensión del pago de esta deuda al operador de telecomunicaciones encargado de la gestión de cobro de las cantidades facturadas por los Servicios de Tarificación Adicional. Esta posibilidad encuentra su fundamento en la propia Orden 2002 al advertir en su apartado 8º que “la disconformidad o desacuerdo de un abonado con la facturación de los Servicios de Tarificación Adicional no podrá dar lugar a

⁴⁰ cfr. art. 13.1, letra d) LGDCU1984

⁴¹ cfr. art. 13.1, letra e) LGDCU1984

⁴² cfr. art. 2.2, letra d) RD1993 y art. 2.1 LA2003; SSAP de Murcia de 21 de marzo de 2003 y de 14 de abril de 2003.

la suspensión del servicio telefónico disponible al público si el abonado paga el importe del mismo, excluidos todos los conceptos relativos a los Servicios de Tarificación Adicional”.

En caso de que el cliente del servicio de telefonía procediera al pago total del importe facturado sin perjuicio de denunciar su disconformidad a posteriori, es más delicado condenar al reintegro de las cantidades satisfechas por los Servicios de Tarificación Adicional a la operadora. No obstante, en este sentido se ha pronunciado en primera instancia la sentencia de 20 de julio de 2004 que declara en su fundamento de derecho cuarto que “la codemandada Telefónica de España, S.A. cobra directamente la factura y no consta que ninguna de las codemandadas facilite información a los usuarios sobre quién es la prestadora de servicios (...) propiciando la fundada creencia en el consumidor de que quien cobra el servicio es quien lo presta”. Continúa el razonamiento afirmando que en virtud de lo expuesto “es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1717 del Código Civil, pues si como afirman las codemandadas sólo se encargan de gestionar el cobro del servicio por cuenta de la prestadora de servicios, lo hacen frente al usuario en su propio nombre y como si el negocio fuera suyo, por lo que deben responder frente al mismo”.

3. Conclusión

Como conclusión, estimo conveniente recordar que la Sentencia comentada se pronuncia sobre la anulación de un laudo arbitral dictado en el marco del sistema arbitral de consumo en que se establece como regla general el arbitraje en equidad frente al de derecho⁴³. En este sentido la jurisprudencia ha defendido en varios de sus pronunciamientos una mayor elasticidad en la interpretación de las cláusulas del convenio arbitral por la propia finalidad y naturaleza de esta institución⁴⁴, y con mayor razón cuando el órgano arbitral ha de resolver según su leal saber y entender, esto es, en equidad⁴⁵. Por otra parte también se puede observar a través de las distintas cuestiones que se han planteado en torno al proceso de anulación del laudo arbitral que empero la constante jurisprudencia que existe negando la consideración de este proceso como una segunda instancia del procedimiento

⁴³ cfr. disposición adicional única LA2003; art. 11.3 RD1993.

⁴⁴ De esta jurisprudencia se hacen eco YAÑEZ VELASCO, R., op. cit., ps. 858 a 860; y BARONA VILAR, S., op. cit., ps. 1397 a 1399.

⁴⁵ cfr. STS de 7 de junio de 1990.

arbitral y recordando la imposibilidad de que el tribunal judicial entre a conocer sobre el fondo del asunto⁴⁶, no es menos cierto que en muchos casos las decisiones sobre cuestiones meramente formales van a demandar una incursión del órgano jurisdiccional en la cuestión material subyacente⁴⁷.

Esta circunstancia es inevitable, pero hay que decir que en todo caso lo importante es la salvaguarda del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva en todas sus manifestaciones. Partiendo de la licitud constitucional del arbitraje⁴⁸, el contenido de aquella garantía constitucional no se agota en la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales para denunciar los defectos de forma de que adolece el procedimiento arbitral y que posibilitan la impugnación del laudo según la ley. La tutela judicial efectiva comprende además el derecho a recibir una respuesta judicial a las pretensiones del actor, pero no el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones formuladas. De este modo, la anulación del laudo declarada mediante sentencia del órgano judicial deja expedita la vía judicial para iniciar un nuevo proceso con todas las garantías en que se dilucide la cuestión material objeto de la controversia; o, según la causa de la nulidad que se estime y la voluntad de las partes, podrá celebrarse un nuevo procedimiento arbitral.

En caso de que no se estime la anulación de la resolución arbitral, existe una jurisprudencia consolidada⁴⁹ que distingue en este derecho una "dimensión positiva consistente en que el fallo judicial se cumpla, y una dimensión negativa, en cuanto proscribire que, fuera de los supuestos y cauces taxativamente previstos, los órganos judiciales dejen sin efecto resoluciones firmes". Por lo tanto, los sujetos que intervienen como partes en un procedimiento arbitral tienen derecho a gozar de esta doble protección desde el momento en que los laudos tienen aparejada ejecución⁵⁰ y producen el efecto de cosa juzgada⁵¹.

⁴⁶ cfr. entre otras, SAP de Madrid de 19 de abril de 1994; SAP de Madrid de 14 de septiembre de 1990; SAP de Barcelona de 12 de mayo de 1992.

⁴⁷ Por ejemplo, en el caso de examinar la congruencia del árbitro YÁÑEZ VELASCO considera que "es dable analizar el fondo de la cuestión", pero en todo caso, aclara, este examen no comportará la alteración del contenido de la resolución arbitral sino únicamente, y en su caso, la anulación del laudo o de los pronunciamientos objeto de impugnación. Cfr., op.cit, p. 822.

⁴⁸ cfr. STC 176/1996 de 11 de noviembre y STS de 9 de octubre de 1989

⁴⁹ cfr. entre otras, la STC 288/1993 de 4 de octubre

⁵⁰ cfr. art. 517.2, 2º LEC2000

⁵¹ cfr. art. 43 LA2003