

CONTRACTUALIDAD DEL ARBITRAJE (A propósito de la STC 174/1995, de 23 de noviembre)

JOSE MARIA DE LA CUESTA SAENZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Burgos

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA CONTRACTUALIDAD DEL ARBITRAJE. 1. El arbitraje como "equivalente jurisdiccional". 2. El arbitraje como "elemento natural del contrato" ¿es arbitraje obligatorio? III. CONSECUENCIAS DE ESTA TOMA DE POSTURA.

I. INTRODUCCION

El artículo 38.2 de la Ley 16/1987 de Ordenación de los transportes terrestres (en adelante LOTT), establecía que "siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas, las partes someterán al arbitraje de las Juntas cualquier conflicto que surja en relación con el cumplimiento del contrato, salvo pacto expreso en contrario", y ciertamente no tardó en levantar sospechas de estar en contradicción con la tutela judicial efectiva, y por lo tanto de resultar inconstitucional por contrario a los arts. 24.1 y 117.3 de la Constitución.

Tales sospechas impulsaron primero el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad por la Audiencia Provincial de Burgos, y más tarde el que un Juzgado de Barcelona suscitase de nuevo la cuestión, dando lugar a los procedimientos 2112/91 y 2362/95 que el TC resolvió acumular, y que resuelve la sentencia que nos ocupa.

El razonamiento básico que constituye la *ratio decidendi* de esta sentencia que declara la inconstitucionalidad del precepto denunciado, se

resume en que un arbitraje "obligatorio en principio" (FJ 2, pf. 5^o), compromete la tutela judicial efectiva que garantiza la Constitución, con el doble efecto de que "las partes hayan de estar y pasar por lo decidido en el laudo" y de que se impida "a los jueces y tribunales conocer de los litigios sometidos a arbitraje".

Esta calificación del arbitraje como obligatorio se deduce de que (FJ 3 pf. 1.º) "no pudiendo eludirse más que a través de un convenio entre todos los interesados..." FJ 3, pf. 2.º) "el acceso a la jurisdicción queda condicionado al consentimiento expreso, formalizado en un pacto de todas y cada una de las partes implicadas en una controversia. El pacto expreso en contrario no elimina, pues, la obligatoriedad del arbitraje para la parte que no lo admita", afirmaciones de claro significado, aunque algo contradictorias, sobre todo en su último inciso, porque si hay pacto en contrario de la sumisión al arbitraje institucional previsto por el art. 38.2 LOTT, mal puede decirse que en tal caso el arbitraje sea obligatorio. Ahora bien, parece que la sentencia piensa en la exclusión del arbitraje, no en el propio contrato de transporte, sino una vez surgida la controversia, olvidando que también puede haberse negociado el contrato de transporte pormenorizadamente, en cuyo caso el convenio arbitral que la ley introduce como "elemento natural" del contrato de transporte, pudo ser previsto y aceptado por las partes.

II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA CONTRACTUALIDAD DEL ARBITRAJE

Sin duda, la principal consecuencia de esta sentencia del TC es afirmar la contractualidad del arbitraje en un doble sentido; primero, contractualidad que marca las distancias con la jurisdicción, puesto que el arbitraje será "equivalente jurisdiccional", como había afirmado en otras ocasiones el TC (1), pero no hasta el punto de que se tenga por suficiente para la salvaguarda de la tutela judicial efectiva. Y, segundo, contractualidad en el sentido de derivar de un sometimiento enteramente libre y voluntario —consentido por las partes del contrato—, incompatible con cualquier condicionamiento de índole legal o simplemente ajeno a la voluntad de alguno de los contratantes, por proceder de formas de contratación anómalas.

(1) SS. del TC 15/1989, FJ 9; y 62/1995, FJ 5.

1. El arbitraje como "equivalente jurisdiccional" hasta cierto punto

La sentencia del TC que nos ocupa, en su FJ 3, pf. 2.º, asume la ya asentada doctrina acerca de la constitucionalidad del arbitraje y de su carácter de "equivalente jurisdiccional", como se ha indicado. Pero, a diferencia de otros pronunciamientos anteriores, no se puede interpretar éste como un pronunciamiento proclive a afirmar la naturaleza jurisdiccional del arbitraje (2), porque se preocupa de matizar con qué alcance se califica al arbitraje como "equivalente jurisdiccional", alcance que se cifra en mostrar que "la institución arbitral es compatible con la Constitución", pero que no puede conducir a afirmar que un arbitraje institucional e imperativo sea compatible con el "derecho a la tutela judicial efectiva que tienen todas las personas para obtener de los jueces y tribunales la protección de sus derechos e intereses legítimos".

En efecto, el informe del Abogado del Estado, defensor de la constitucionalidad del artículo 38.2 LOTT, destacaba la equivalencia entre arbitraje y jurisdicción para fundamentar su tesis, lo que ha llevado al TC a matizar que "la cuestión que tenemos planteada es si resulta conforme con la Constitución, concretamente con sus arts. 24.1 y 117.3 CE un precepto que establece un sistema de arbitraje institucional e imperativo...", lo que permite, manteniendo la calificación de "equivalente jurisdiccional" (SSTC 15/1989 y 62/1991), pasar a examinar las calificaciones de "institucional e imperativo", como posibles bases de la inconstitucionalidad del precepto cuestionado por la Audiencia Provincial de Burgos y el Juzgado de Barcelona.

Sería, pues, la obligatoriedad del arbitraje para una parte del contrato —la que en hipótesis deseaba un pacto en contra del art. 38.2 LOTT y no lo logró— la razón última de que pueda considerarse inconstitucional el precepto cuestionado. Esto, sin duda, permite al TC no rebajar la analogía entre jurisdicción y arbitraje, calificando a éste como un mero sucedáneo, pero al mismo tiempo niega implícitamente la posibilidad de equiparar arbitraje a jurisdicción y permite situar cada figura en el lugar que le corresponde, al afirmar que (FJ 3, pf. 1.º) "la tutela judicial efectiva...se refiere a una potestad del Estado atribuida al Poder Judicial (3)", excluyendo así la fungibilidad del arbitraje con la jurisdicción.

(2) A. BONET NAVARRO, "El control judicial de la nulidad de pleno derecho del laudo arbitral" (sobre la STC 288/1993, de 4 de octubre), *Derecho Privado y Constitución*, 6 (1995), p. 183.

(3) En el mismo sentido, criticando la S. de la AP de Asturias del 28 de abril de 1994, y el Decreto del Principado de Asturias que instauró la Junta Arbitral de Transporte, J. MARIN LOPEZ, "El arbitraje de consumo: primeros pronunciamientos judiciales", *Aranzadi Civil*, II, 1995, pp. 9 y ss., anticipó estos argumentos.

2. El arbitraje como "elemento natural del contrato" ¿es arbitraje obligatorio?

La sentencia como hemos podido comprobar, presupone también importantes tomas de postura en materia contractual, cuyas consecuencias, trascienden además del campo del arbitraje.

Una de estas tomas de postura es la que radica en afirmar (FJ 2, *in fine*) que el "convenio arbitral surge *ex lege*", no habiendo pacto en contrario, lo que explicaría el calificar el arbitraje como imperativo y obligatorio.

La cuestión merece alguna reflexión, para la que no será descaminado partir de la aceptación de la inexactitud de la doctrina que clasificaba los elementos del contrato en *essentialia negotii*, *naturalia negotii* y *accidentalia negotii*, reservando la calificación de elementos naturales a los que acompañan al negocio siempre que no medie acuerdo en contrario.

En efecto, F. de Castro (4), puso de relieve la incorrección de la clasificación escolástica citada, por mezclar criterios, por atribuir al negocio en general propiedades de algún tipo en concreto, y por lo que se refiere a los llamados "elementos naturales" en particular, por llamar elementos a lo que son efectos de normas dispositivas.

Ciertamente, se trata de defectos que empañan seriamente la clasificación que nos ocupa, pero no hay que dejar de reconocer que la calificación "elemento natural" responde a una realidad existente, que es sin duda efecto de la norma y por eso es procedente calificar al convenio arbitral de transporte como surgido en su caso *ex lege*, pero que surge de norma dispositiva, lo que no deja tan claro el carácter obligatorio de que nos habla la sentencia.

Así, los llamados elementos naturales, son pactos frecuentemente añadidos a ciertos contratos, tan frecuentemente, que se llega constituir en norma consuetudinaria, la cual, por favorecer el equilibrio del contrato, es asumida en cierto momento por el legislador.

No cabe duda de que este esquema o uno parecido explica la génesis de normas dispositivas tan importantes como las que regulan la responsabilidad del vendedor, la *lex commissoria* en ciertos momentos y contratos, e incluso la facultad resolutoria de las obligaciones bilaterales por incumplimiento que según dice el art. 1.124 del Cc "se entiende implícita".

¿Puede confundirse eso con la obligatoriedad o la imposición de una parte a la otra? Desde luego no en todo caso.

Ahora bien, esa explicación del nacimiento de los llamados elementos naturales, que nos indica que son primero contractuales, más tarde con-

(4) F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, reimpresión, Civitas, Madrid, 1985, núm. 61, p. 54.

suetudinarios, y por último legales, no es aplicable al arbitraje que nos ocupa. En efecto, el legislador no consagra aquí un pacto usual, ni transmuta una costumbre en norma legal dispositiva, sino que en interés público (el aligeramiento de la sobrecarga de juzgados y tribunales) y privado (apertura de un cauce gratuito, según la Disposición Adicional Primera apartado segundo de la ley de 5 de diciembre de 1988 para la solución de controversias en contratos de pequeña cuantía), regula dispositivamente un posible contenido del contrato de transporte.

No es el esquema típico de un elemento de los llamados naturales, pero tampoco es el esquema de un arbitraje obligatorio de los que conoció nuestro Derecho histórico en materia civil y mercantil (5), por lo intrincado de los asuntos, y por la urgencia de las soluciones, como ocurrió en sociedades (Ordenanzas del siglo XVIII y Código de Comercio de 1829), y en pleitos sucesorios de señoríos jurisdiccionales.

Esto significa que si bien no se trata siempre de un arbitraje impuesto el del artículo 38.2 de la LOTT, no tiene garantizada su contractualidad. En consecuencia, si el consentimiento contractual en el contrato de transporte es enteramente libre para ambas partes, no parece que pueda ser tachado de obligatorio, como no lo sería cualquier otro "elemento natural", y por ende la exclusión de la jurisdicción será voluntaria, como la norma de la que deriva es dispositiva.

Lo que ocurre es que esa contractualidad no está en absoluto garantizada, y en muchas ocasiones, en ese tipo de contrato, no existirá realmente. Por eso, es oportuna la doctrina del TC, aunque haya que corregir su ámbito de aplicación en parte.

En efecto, el TC fundamenta la inconstitucionalidad en el carácter obligatorio para una de las partes del arbitraje y de la consiguiente exclusión de la competencia jurisdiccional, al afirmar (FJ 3, pf. 3.º) que "la autonomía de la voluntad de las partes —de todas las partes— constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral..." y que "resulta contrario a la Constitución que la ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta", cuando en realidad ese carácter obligatorio no deriva del artículo 38.2-1.º LOTT, sino de la modalidad de contratación que puede no ajustarse al esquema ideal de completa igualdad y libertad de las partes.

Habrà pues, obligatoriedad, e inconstitucionalidad de la norma en tanto en cuanto ésta contempla todo tipo de contrato de transporte de prestaciones inferiores a 500.000 pesetas, pero no la habría en el caso de que el contrato hubiese sido negociado pormenorizadamente con aceptación recíproca —aunque implícita— del convenio arbitral.

(5) J. DE LA CUESTA, "Consulados y arbitrajes", en *V Centenario del Consulado de Burgos*, t. II, p. 321, Burgos, 1994.

Por el contrario, se puede dudar de la constitucionalidad, con ese mismo fundamento, de una norma como la que contiene el artículo 5.2 de la Ley de Arbitraje 36/1988 de 5 de diciembre, que establece que "si el convenio arbitral se ha aceptado dentro de un contrato de adhesión, la validez de este pacto y su interpretación se acomodarán a lo prevenido por las disposiciones en vigor respecto de estas modalidades de contratación", toda vez que en situaciones de gran inferioridad en el poder de negociación de una de las partes, el convenio arbitral predispuesto por la que goza de una posición de predominio, se admite en principio sin otras limitaciones que las que dimanen de disposiciones sobre este tipo de contratos.

Tales disposiciones sólo se encuentran en materia de protección a los consumidores y usuarios, y son el artículo 10.1 c), *in fine*, de la LGDCU (adicionado por la Disposición Adicional Segunda de la Ley 36/1988), y el apartado q) del Anexo de la Directiva 13/93/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre cláusulas Abusivas en los Contratos celebrados con Consumidores, disposiciones ambas de confuso alcance, pero que a luz de la sentencia que nos ocupa deberán interpretarse como sancionadoras de la nulidad o por lo menos la inoponibilidad de la exclusión de la jurisdicción al consumidor o usuario, en el sentido propugnado por S. Díaz Alabart (6).

En suma, el verdadero alcance de la inconstitucionalidad debe en parte restringirse, ya que no alcanza a todos los llamados "elementos naturales" en cuanto se relacionen con derechos fundamentales, sino a los que se introducen por las normas para situaciones en las que no queda garantizada la "contractualidad", y podría también ampliarse toda vez que en los contratos de adhesión no celebrados con consumidores y usuarios, el artículo 5.2 de la Ley 36/1988, pondría a una de las partes en la tesitura de aceptar la exclusión de la jurisdicción o no contratar.

III. CONSECUENCIAS DE ESTA TOMA DE POSTURA

La nítida afirmación de la contractualidad del arbitraje tiene, como se ha indicado, la consecuencia de matizar la calificación como "equivalente jurisdiccional" que se venía aplicando al arbitraje, y, por lo tanto, señalar su diferencia con la jurisdicción, que debe tener consecuencias a la hora de intentar colmar las lagunas de la regulación del arbitraje acudiendo a las normas de procedimiento, en lugar de buscar la regulación emanada de la institución que administra en su caso el arbitraje, o las normas contractuales que puedan acordar las partes.

(6) "El arbitraje de consumo", en *Estudios sobre Derecho de Consumo*, 2.ª ed. Iberdrola, Bilbao, 1994, pp. 197 a 200.

Pero tal vez reviste mayor mayor importancia la afirmación de la contractualidad del arbitraje como rasgo que lo hace compatible con la tutela judicial efectiva —más que su pretendida equivalencia jurisdiccional o que el mal llamado recurso de anulación de los laudos ante las Audiencias Provinciales—, no sólo porque señala con precisión el punto de inserción del arbitraje en el campo de los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos, sino porque nos indica los límites del legislador ordinario a la hora de “aligerar” los requisitos para la formalización de un convenio arbitral. Así el FJ 3, párrafo 3.º, nos dice que “nada hay que objetar, desde el punto de vista constitucional, al hecho de que la LOTT haya atenuado las formalidades exigibles para realizar el convenio arbitral hasta el punto de haber sustituido la exigencia de dicho convenio por una presunción *ope legis* de su existencia”, pero inmediatamente a continuación señala que no se puede excluir la vía judicial sin contar con la voluntad de todos los interesados, lo que, como hemos visto apunta más a los esquemas anómalos de formación del contrato, sobre todo al contrato no negociado pormenorizadamente, que al favorecimiento por el legislador del cauce arbitral en relación con determinados contratos.

Entendiendo así la doctrina del TC, se interpretará adecuadamente la regulación del art. 10 1 c), *in fine*, de la LGDCU, y en una futura regulación de las condiciones generales de los contratos se podrá extender esa protección fuera ya del campo de la relación de consumo, ya que el art. 5.2 LA resulta ahora amenazador para la tutela judicial efectiva.

Por otra parte, una ley poco conocida y poco y mal aplicada, como la Ley 19/1982 de 26 de mayo sobre Contratación de Productos Agrarios, y su Reglamento promulgado por RD 2707/83 de 7 de Septiembre, tiene en su art. 12 (arts. 28 a 31 del Reglamento) una previsión Semejante relativa a los Acuerdos Interprofesionales y Acuerdos Colectivos, en los que las partes, y ahora incluso quienes no sean parte si el Acuerdo Interprofesional se extiende, “podrán recurrir al MAPA para su arbitraje”.

Esta posibilidad, lógica si había “cláusula de sumisión” (art. 28 del Rº. citado) o cláusula compromisoria como se calificaba usualmente, parece que se extendía también a los casos en que no se hubiese pactado tal pre-contrato de arbitraje. Pero, bajo la vigencia de la ley de 22 de Diciembre de 1953 sobre Arbitraje de Derecho Privado, esa cláusula compromisoria, voluntaria o legal, no producía por sí misma la posibilidad de que se opusiese a la acción de una de las partes, la excepción de incompetencia de jurisdicción, porque como recientemente indicaba el TS en sentencia de 31 de Enero de 1994 se condicionaba “a la formalización voluntaria o judicial o a la pendencia de esta última especie, la excepción que impide a jueces y tribunales conocer de la controversia”, lo que obliga a interpretar esa regulación en clave exquisitamente contractualista, aunque con anteriori-

dad a la vigencia de la ley de 22 de Diciembre de 1953 el TS había optado por conceder esa virtualidad a la simple cláusula compromisoria (7), sin necesidad de formalizar el compromiso.

En consecuencia, este arbitraje no pactado de la legislación agraria, aunque hay que entenderlo remitido hoy al arbitraje de la Ley 36/1988, no puede interpretarse en el sentido de privar a las partes del Acuerdo Interprofesional o del Acuerdo Colectivo agrarios de la tutela judicial efectiva, de modo que aunque permite sin más acudir al arbitraje institucional administrado por el MAPA, no permite esgrimir excepción de incompetencia de jurisdicción si no hay un convenio arbitral expreso.

Otro tanto cabe decir del recientemente desaparecido arbitraje especial de seguros, remitido al arbitraje de consumo o al general por la nueva Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado que hacía y hace expresa salvedad del carácter voluntario del arbitraje.

(7) F. DE CASTRO Y BRAVO, "El arbitraje y la nueva Lex mercatoria", *Anuario de Derecho Civil*, p. 649.