



Sobre la voluntariedad como elemento esencial del arbitraje. Reflexiones al hilo de la Sentencia del Tribunal Constitucional español 1/2018 de 11 de enero*

di

María José Carazo Liébana**

SOMMARIO: 1. Cuestiones Previas; 2.-¿Cuál es la causa de la inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio? ¿La falta de voluntariedad o la ausencia de recurso sobre el fondo del asunto ante el órgano judicial? ; 3.- La limitación o no de la voluntariedad del arbitraje en los contratos de Adhesión; 4.- Consideraciones finales; 5.- Bibliografía

1. Cuestiones Previas

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña plantea mediante Auto de 20 de abril de 2015 cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante LCS) por posible vulneración de los artículos 24.1 y 117 de la Constitución española (en adelante CE). El precepto cuestionado dispone lo siguiente: *“El asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro. La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada”*.

Este artículo fue introducido por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, para adaptar el Derecho español a la Directiva 1988/357/CEE, sobre libertad de servicios en

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D+I del Plan Nacional: Las entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en clave nacional y europea (DER2016-74843-C3-1-R).

**Profesora Titular de Derecho Constitucional - Universidad de Jaén.

seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados¹.

A juicio del órgano judicial, el artículo 76 e) LCS vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del asegurador, en relación con el principio de exclusividad jurisdiccional regulado en el artículo 117.3 CE. Según el Auto de planteamiento *«el precepto establece un sistema imperativo para una sola parte en una relación jurídica bilateral, lo que equivale a admitir que por imperio de la ley se podrá imponer a la otra el cauce arbitral, con exclusión del derecho a someter la cuestión a la jurisdicción ordinaria»*. Se afirma, asimismo, que es contraria al artículo 117.3 CE *«la atribución a una de las partes de la facultad unilateral de someter la cuestión litigiosa a arbitraje, en cuanto supone una renuncia a la jurisdicción y conlleva la exclusión de la vía judicial»*.

La Fiscal General del Estado solicita la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad por apreciar la vulneración del artículo 24.1 CE, al considerar que *«la imposición del arbitraje para una de las partes del contrato de seguro, regulado 76 e) LCS, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva»*. Por su parte, el Abogado del Estado solicita la desestimación de la cuestión por entender que *«el precepto supone la adecuada transposición de la Directiva 2009/138/CEE, pues su artículo 203, establece el derecho del asegurado a recurrir al procedimiento arbitral u otro que ofrezca garantías comparables de objetividad, y es, por tanto, la norma comunitaria la que impone al legislador interno el reconocimiento de ese derecho a favor del asegurado»*.

La sentencia concluye en su Fundamento Jurídico Cuarto que

«La imposición de un arbitraje como el previsto en el artículo 76 e) LCS vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24 CE, pues impide el acceso a la

¹ De acuerdo con el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, la norma objeto de este proceso sería transposición de la que antes estaba recogida en el artículo 6 de la Directiva 87/344/CEE, transpuesta también en la citada Ley 21/1990, y que ahora se mantiene en el artículo 203 de la Directiva 2009/138/CEE. En los siguientes términos: Artículo 203. Arbitraje: *Los Estados miembros preverán, con vistas a la solución de todo litigio que pueda surgir entre la empresa de seguros de defensa jurídica del asegurado y sin perjuicio de cualquier derecho de recurso a una instancia jurisdiccional que eventualmente hubiera previsto el derecho nacional, un procedimiento arbitral u otro procedimiento que ofrezca garantías comparables de objetividad. El contrato de seguro deberá prever el derecho del asegurado recurrir a tales procedimientos.*

jurisdicción de los juzgados y tribunales de justicia que, ante la falta de la voluntad concurrente de los litigantes, son los únicos que tienen encomendada constitucionalmente la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117 CE). El precepto ha eliminado para una de las partes del contrato la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales, en cuanto fija una vía alternativa excluyente de la jurisdiccional, cuya puesta en marcha depende únicamente de la voluntad de una de las partes (...). Por ello, resulta contrario a la Constitución que la Ley de contrato de seguro suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje, denegándole la posibilidad en algún momento de solicitar la tutela jurisdiccional» (El subrayado es nuestro).

La cuestión principal a dilucidar es si el arbitraje incluido en el Contrato de Seguro de Defensa Jurídica se adecúa o no al texto constitucional. El artículo cuestionado regula el derecho que le corresponde en exclusividad al asegurado planteando la opción de acudir al arbitraje para dirimir las controversias que surja en su relación contractual. Se otorga a una sola de las partes - el asegurado- quizás por entender que, en una equiparación de fuerzas, tienen preeminencia el asegurador. Siendo la finalidad muy loable, no obstante, habrá que dilucidar si este precepto es contrario o no al derecho de las aseguradoras a recabar la tutela de los Tribunales de Justicia. Una segunda cuestión, relacionada con la anterior, sería el marco en el que se suscita la contienda: un contrato de adhesión en el que una de las partes - la aseguradora- prevé un articulado en el que el asegurado acepta o no el clausulado sin posibilidad de que haya una relación bilateral en igualdad de posiciones de ambas partes contratantes. Hay que tener en cuenta que el contrato de Seguro de Defensa Jurídica, encuadrado dentro del ámbito más general del seguro de daños aunque con entidad propia, se configura, en realidad, como un contrato de adhesión, toda vez que el asegurado, cuando lo suscribe, se obliga a aceptar las condiciones generales y particulares de una póliza de seguros que figuran en el conjunto que le ofrece la entidad aseguradora, entre las que, por imperativo legal *ex artículo 76 f) LCS*. Se ha de encontrar la cláusula que recoja el derecho del asegurado a someter a arbitraje las diferencias que tenga con su aseguradora por razón del seguro concertado. Nos planteamos si las características propias de este

tipo de contrato (contrato de adhesión) merece o no una excepción a la voluntariedad de las partes propia del arbitraje en aras a la protección de consumidores y usuarios.

Otra cuestión surgida a raíz de uno de los votos particulares es si la inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio deriva en sí mismo de la ausencia de voluntariedad por las partes que se someten al mismo, o porque el recurso de anulación del laudo regulado en el art. 41 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje² no prevé ninguna causa de anulación por la que los Tribunales de Justicia puedan entrar a conocer sobre el fondo del asunto. Estas cuestiones las trataremos en los apartados que siguen.

2.¿Cuál es la causa de la inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio? ¿La falta de voluntariedad o la ausencia de recurso sobre el fondo del asunto ante el órgano judicial?

La acción de anulación del laudo satisface el derecho a la tutela efectiva en su modalidad de acceso a los tribunales. Bien entendido que el objeto de la acción de anulación no es la controversia sino una revisión, por motivos tasados, de la validez del laudo. La Ley no utiliza el término recurso porque considera que la referida acción pone en marcha un procedimiento *ex novo*. El ejercicio de esta acción da lugar a un proceso declarativo especial que se sustancia por los cauces

² De acuerdo con el art. 41 de la Ley de Arbitraje, el laudo sólo podrá anularse 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 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

del juicio verbal (Fernández Rozas, J.C., 2015) .La sentencia que se dicte es firme y no cabe recurso alguno. Aunque ello no es incompatible con la posibilidad de interponer un proceso de revisión frente a la misma ni con la procedencia, en su caso, de recurso de amparo constitucional por entenderse infringido algún derecho fundamental como puede ser el principio de igualdad, audiencia y contradicción recogido en el art. 24 de la Ley de Arbitraje (Martín Brañas, C., 2006, pp. 113-157).

Interesa el voto particular del Magistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré quien pone el acento en una cuestión interesante. Sostiene que no es inconstitucional el arbitraje imperativo en sí mismo sino que lo es porque *a posteriori* el órgano judicial no puede conocer sobre el fondo del asunto en la acción de anulación. *A sensu contrario*, sostiene la constitucionalidad de los arbitrajes obligatorios siempre y cuando se habilite entre las causas de anulación del laudo arbitral alguna que se refiere al conocimiento del fondo del asunto. Así, la STC 119/2014, de 16 de julio cuyo fundamento jurídico 5 B), párrafo tercero dice que: *«De acuerdo con nuestra doctrina, el arbitraje obligatorio no resulta conforme al derecho a la tutela judicial efectiva cuando el control judicial sobre el laudo previsto en la ley se limita a las garantías formales o aspectos meramente externos, sin alcanzar el fondo del asunto sometido a la decisión arbitral (SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3 y 75/1996, de 30 de abril, FJ 2). Hemos de entender, en cambio, que el arbitraje obligatorio sí resulta compatible con el derecho reconocido en el art. 24.1 CE cuando el control judicial a realizar por los tribunales ordinarios no se restringe a un juicio externo, sino que alcanza también a aspectos de fondo de la cuestión sobre la que versa la decisión»*.(el subrayado es nuestro)

En virtud a la sentencia indicada más arriba se desestimó la vulneración del art. 24.1 CE por la Ley de Reforma del Mercado de Trabajo de 2012, que introdujo una suerte de arbitraje obligatorio previsto para aquellos casos en los que, finalizado el período de consultas iniciado con vistas a modificar las condiciones de trabajo previstas en un convenio colectivo en vigor, las partes no hubieren alcanzado acuerdo. Se incluyó en el art. 82.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET). En este aspecto, el laudo arbitral tendría la misma eficacia que un convenio colectivo y sólo sería impugnabile ante los juzgados sociales por el procedimiento

de conflicto colectivo y sólo si en la actuación arbitral no se hubiera cumplido los requisitos y las formalidades establecidas o si el laudo hubiese resuelto cuestiones que no le hubiesen sido sometidas.

Algunos meses después, la STC 8/2015, de 22 de enero, al sustanciar un segundo recurso de inconstitucionalidad contra la mencionada ley, hizo suya y reiteró la aplicación de la doctrina.

En el caso de la STC 119/2014 la norma impugnada determina que la decisión de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o del órgano autonómico correspondiente, ya sea adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por dichos órganos con las debidas garantías de imparcialidad, *“sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 LET”*. Específicamente cabría el recurso contra el laudo arbitral en el caso de que no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto, o cuando el laudo hubiese resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión. A su vez, esa remisión a los motivos y procedimientos establecidos para los convenios colectivos conlleva la posibilidad de impugnación judicial por considerar que la decisión o laudo arbitral *“conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros”* (art. 163.1 de la Ley de la Jurisdicción Social). En consecuencia, el conjunto de estas previsiones permitiría concluir que el art. 82.3 ET, párrafo octavo, somete expresamente la decisión arbitral a un control judicial que no se limita a aspectos externos o procedimentales; se extiende también a aspectos de fondo del asunto objeto de la decisión o arbitraje, pues la revisión por parte de los órganos judiciales alcanza también a impugnaciones fundadas en el fondo de la cuestión enjuiciada.

Según el Magistrado Santiago Valdés debía de haberse aplicado esta doctrina sentada por la STC 119/2014, de 16 de julio. Considera el citado Magistrado en su voto particular que: *«Con independencia de mi conformidad o no con los fallos de estos pronunciamientos, las conclusiones son de fácil y rápido enunciado, pudiendo resumirse en los términos que a continuación siguen: la implantación por el legislador de una medida de arbitraje obligatorio no resulta, en sí misma valorada, lesiva de los artículos 24.1 o 117.3 del*

texto constitucional; lo será, única y exclusivamente, en aquellos supuestos en los que las normas procesales restrinjan el control judicial a aspectos formales del laudo arbitral o, lo que es igual, impidan que ese control alcance a las controversias de fondo» (el subrayado es nuestro)

No compartimos la opinión del magistrado disidente. Tampoco las afirmaciones anteriormente reproducidas sobre la constitucionalidad del arbitraje obligatorio. Entendemos que tal consideración rompe con la esencia del arbitraje que es la autonomía de la voluntad de las partes. La obligatoriedad del mismo infringe los arts. 1 y 10 de la Constitución por un lado y, por otro, con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución. Derecho este último de configuración legal pero que en ningún caso puede ponerse cortapisas para garantizar la esencia del mismo.

Efectivamente, siempre va a resultar complejo trazar una frontera clara y definida entre el plano de la constitucionalidad y el plano de la legalidad a la hora de aplicar el artículo 24 de la CE. La elevación de rango de una serie de garantías procesales implica, en primer lugar, la conversión de mecanismos jurisdiccionales tradicionales de protección de derechos en derechos fundamentales dotados de instrumentos reforzados de tutela, accionables ante una jurisdicción específica y superior a la que ejercen los tribunales de justicia ordinarios (Figueruelo Burrieza A., 1990).

La tutela judicial efectiva se configura —como la mayor parte de los derechos fundamentales— como un derecho de configuración legal; esto es, el contenido esencial del derecho que no va a quedar delimitado sólo por su enunciado constitucional, sino que se concreta y determina definitivamente por la normativa legal que lo desarrolla. La tutela judicial como derecho de acceso a la justicia produce muy pronto una jurisprudencia exigente en cuanto al examen de las causas de inadmisión de las demandas utilizadas por los órganos judiciales y sostiene, por el contrario, la obligación de éstos de interpretar la ley en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a la acción judicial (SSTC 126/1984, 164/1986). El artículo 24 de la CE sanciona igualmente sin paliativos la prohibición

de indefensión, como fundamento de una obligación que tiene como destinatario a los órganos de la justicia ordinaria, quienes deben velar en todo momento para que exista un equilibrio en las posibilidades de defensa de las partes que actúan en el litigio. Al mismo tiempo, y en sentido positivo, se trata de un principio desde el que se llega a configurar un derecho subjetivo que se puede hacer valer en todas las fases del procedimiento, cuando no se respeta lo que el TC ha denominado “*el derecho de defensa contradictoria*” (STC 13/2006), es decir, la posibilidad de utilizar todos los mecanismos y armas procesales que otorga a los contendientes judiciales el ordenamiento (Ruiz-Rico, G. 2013: 23 y ss). El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva debe ser interpretado siempre de manera que los requisitos procedimentales establecidos en la Ley no lleguen a restringir u obstaculizar de forma injustificada las posibilidades para acceder al proceso con la finalidad de que sean conocidas y resueltas las pretensiones que se someten al órgano judicial³. Desde este punto de vista, la imposición del arbitraje por una de las partes de la relación contractual (independientemente de la posición- débil o fuerte- de cada una de éstas) es un obstáculo insalvable que afecta al contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva.

3. La limitación o no de la voluntariedad del arbitraje en los contratos de Adhesión

En su voto particular el Magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos pone el acento a que en determinados supuestos, como el que nos plantea esta sentencia, un derecho fundamental (art. 24) debe ceder cuando hay un interés superior que proteger. En el caso que nos ocupa, los derechos de consumidores y usuarios. Sostiene que, una

³ Pero esa interpretación del derecho fundamental consagrado en el artículo 24 (CE) no va a impedir al Tribunal Constitucional (TC) señalar su propia autolimitación (self-restraint) a la hora de otorgar un margen de apreciación al juez ordinario para valorar y aplicar las normas del procedimiento judicial. En este sentido se pueden citar numerosas resoluciones del TC. Véase, sentencia TC 168/2003, de 29 de septiembre FJ 2º; STC 164 /2003 de 29 septiembre FJ 4; En términos similares se pueden consultar otras resoluciones: SSTC 182/2003, de 20 de octubre; 179/2003, de 13 de octubre; 52/2007, de 12 de mayo; 119/2007, de 21 de mayo; 3/2004, de 14 de enero.

vez alcanzada la conclusión de que la falta de convenio arbitral limita el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), se debería haber cuestionado si estamos o no en presencia de una de esas posibles excepciones a la restricción de la libertad individual en pro de la salvaguarda de los intereses generales de las que habla la STC 11/1981, de 8 de abril, dado que *«La autonomía de la voluntad como máxima expresión de la libertad del individual es un principio del derecho que preside la vida jurídica, pero no hay inconveniente para que, en ocasiones, pueda presentar excepciones, siempre que la limitación de la libertad individual que implique se encuentre justificada. La justificación puede hallarse en el daño que el puro juego de las voluntades particulares y las situaciones que de él deriven, puede irrogar a los intereses generales»* (FJ 24).

En definitiva, propone el magistrado que nos preguntemos si la restricción del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva que impone el artículo 76 e) LCS cuestionado está justificado, al hallarse en uno de aquellos supuestos en los que, de permitir el juego de las voluntades particulares, se causaría daño a los intereses generales. Entiende pues que si existe un mandato constitucional que atañe a todos los poderes públicos, jueces y legislador de protección de consumidores y usuarios por el art. 51 CE se puede inferir que la finalidad del art 76 LCS es la de otorgar una especial protección al asegurado en su condición de consumidor. Se trata de una relación contractual entre un empresario y un consumidor que suele concertarse mediante un documento contractual predispuesto por el empresario y a cuyas condiciones se adhiere el consumidor. En otras palabras, nos encontramos ante el prototipo de contrato de adhesión. Con la declaración de inconstitucionalidad de este precepto se estaría produciendo una suerte de desprotección del consumidor⁴. Afirma que con esta sentencia se produce la

⁴ De acuerdo con el texto del voto particular del Magistrado Xiol Ríos en su punto cinco señala que *Trasladadas las anteriores consideraciones al contrato de seguro de defensa jurídica que nos ocupa, para entender el funcionamiento y la finalidad de la norma cuestionada hay que partir del hecho de que el objeto de este contrato es la cobertura del riesgo de necesidad de asistencia jurídica, a la que el asegurador debe responder con los medios idóneos que permitan la defensa de los intereses del asegurado, ya sea mediante la asunción de gastos jurídicos originados por una defensa realizada por terceros, ya mediante la prestación directa de los servicios jurídicos. Parece obvio que el interés que se protege en la Ley de contrato de seguro es el del asegurado-consumidor, en tanto que el objeto del seguro es la prestación a favor de este, de los servicios de defensa jurídica frente a terceros. Es precisamente aquí, en el previo conflicto existente entre aseguradora y beneficiario sobre la prestación de la defensa jurídica, donde el*

paradoja de que queda en manos de la aseguradora la puesta en marcha del arbitraje puesto que se exige su consentimiento en el convenio arbitral, por lo que el derecho del consumidor al arbitraje que le otorga la ley queda supeditado a la voluntad de la parte más fuerte del contrato de seguro y dice textualmente: «No deja de ser una ironía que el artículo 76 e) LCS nazca como norma de transposición de una directiva comunitaria cuya finalidad es la protección del consumidor en el contrato de defensa jurídica y que por ello se obligue a los Estados miembros a articular a favor del consumidor «un procedimiento arbitral u otro procedimiento que ofrezca garantías comparables de objetividad» (art. 203 de la Directiva 2009/138/CEE) y que en esta Sentencia se haya concluido que el ejercicio de tal derecho debe condicionarse al previo consentimiento de la aseguradora y se declare la nulidad con efectos *ex tunc* de un precepto legal vigente durante largo tiempo y promulgado para cumplir con la obligación el Estado de trasponer una directiva comunitaria».

En términos similares se pronuncia el voto particular del Magistrado D. Antonio Narváez Rodríguez al que se adhiere el Magistrado D. Ricardo Enríquez Sancho quien considera que la naturaleza jurídica de esta modalidad contractual, incluida en los llamados contratos de adhesión, justifica una mayor intervención legislativa a fin de la preservación del equilibrio entre derechos y obligaciones de las partes dado que una de ellas, la aseguradora, es prevalente sobre la posición que ocupa el asegurado. Así pues, el principio de autonomía de la voluntad no puede regir en toda su plenitud debido a que las posiciones iniciales de las partes no se encuentran en equilibrio.

principio constitucional de protección del consumidor ha de inspirar la interpretación material del derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24 CE). Una situación en la que de no existir tal norma imperativa se crearía una patente situación de debilidad e indefensión para el asegurado, pues a la par que requiere de defensa jurídica frente a un tercero, mantiene precisamente con aquel que le tiene que defender una controversia sobre el contenido de su contrato de defensa jurídica que, de no ser resuelta con la debida agilidad y objetividad, amenaza con dar al traste con la efectividad de sus derechos.(El subrayado es nuestro)

Pues bien, aparte de la jurisprudencia constitucional, el TS en múltiples sentencias se ha pronunciado poniendo el acento en la voluntariedad como elemento esencial del arbitraje⁵. Es doctrina asentada que la cláusula de sumisión a arbitraje, para ser tenida por eficaz, es necesario que manifieste la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas a la decisión de uno o más árbitros.

La trascendencia de la naturaleza negociada o de adhesión del convenio arbitral tiene su claro reflejo en las reglas de interpretación del convenio arbitral. El art. 9.2 de la Ley de Arbitraje prevé que *“si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato”*. Por su parte, las sentencias de la Sala de lo Civil del TS 1097/2008, de 20 de noviembre y 26/2010, de 11 de febrero afirmaron que: *“Las cláusulas del convenio arbitral, como las de cualquier negocio jurídico, debe ser interpretadas con arreglo a las normas generales sobre interpretación contenidas en los preceptos del CC que se refieren a los contratos”*. Por tal razón sería correcta la aplicación que de la regla de interpretación *contra proferentem* contenida en los arts. 1288 del Código Civil y 6.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación⁶. De esta manera, sólo se podría impedir al litigante adherente que acuda a la tutela jurisdiccional en aquellas cuestiones en las que sea *«explícita, clara, terminante e inequívoca»* su aceptación, al adherirse al contrato, de que fueran resueltas por arbitraje. No pudiendo, en consecuencia, realizarse una interpretación del convenio arbitral que extienda la competencia de los árbitros a cuestiones que no estén expresa e inequívocamente previstas como arbitrables en la cláusula compromisoria.

⁵ Entre otras, véase la sentencia TS 26/2010, de 11 de febrero

⁶ Véase la STS de 27 de junio de 2017

Por esta misma razón en contratos de adhesión, tampoco cabría una interpretación flexible del convenio arbitral que permita que el convenio arbitral tenga un efecto expansivo y abarque todas las cuestiones relacionadas con el objeto del arbitraje⁷.

Una de las cuestiones que nos sorprende de estos votos particulares arriba citados es la de entender que, introduciendo el derecho de arbitraje del asegurado, se está protegiendo sus derechos frente a la aseguradora. O, dicho en otros términos, que la apuesta por el arbitraje, en detrimento de la solución judicial, beneficia al asegurado como consumidor. No estamos tan seguros de ello. En el año 2015 una serie de sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid⁸ fueron muy comentadas porque anularon laudos arbitrales favorables a entidades financieras relacionados con productos financieros complejos que se habían generalizado en nuestro país desde la crisis económica. En los últimos años hemos asistido a un movimiento en el que se incentivaba al ciudadano a suscribir productos aparentemente ventajosos sin conocer los riesgos que ello entrañaba o de si eran adecuados o no para sus objetivos y situación empresarial. Ello propició la promulgación de normas europeas con la finalidad de proteger a los inversores minoristas que son los auténticos consumidores de productos financieros. Pues bien, resulta curioso que, suscitada la controversia, los Tribunales ordinarios en su inmensa mayoría resuelvan a favor de los clientes minoristas mientras que los laudos arbitrales se sitúan favorables a las entidades financieras. Además, a ello unimos una observación a tener en consideración: el convenio arbitral que se articula y que da lugar al laudo deriva de una situación que puede ser no igualitaria. Pues bien, habrá que arbitrar algún mecanismo para que las normas de *ius cogens* sean nacionales o comunitarias se apliquen. Y habida cuenta de que los motivos de anulación del art. 41 de la Ley de Arbitraje anteriormente citados no recogen expresamente la vulneración de normas de derecho necesario, se podría

⁷ STS 741/2007, de 2 de julio. Sala de lo Civil

⁸ Cuatro sentencias con argumentación muy similar: 13/2015 de 28 de enero; 27/2015 de 6 de abril; 31/2015 y 30/2015 de 14 de abril, las dos primeras por unanimidad y las dos últimas con el voto discrepante de uno de los magistrados.

incorporar lo que se ha denominado por la jurisprudencia anteriormente citada como *orden público económico*. Entendiendo por tal, aquellas normas imperativas dictadas para la protección de consumidores y usuarios en la contratación. Así pues, se llega a la conclusión de que si la infracción de estas normas imperativas comunitarias provoca laudos arbitrarios o irracionales se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva.

De esta forma, se interpreta que las normas dirigidas a proteger a los consumidores son normas de orden público (económico) para asegurar el correcto funcionamiento del mercado. Por lo que la incorrecta aplicación de las mismas deviene en infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE por el laudo arbitral (PELAYO, R.C., 2015). Cuando el árbitro no aplica o lo hace de forma incorrecta una norma de derecho necesario debe articularse - por seguridad jurídica- algún mecanismo para hacerla aplicar a fin de que el resorte al arbitraje no se convierta en una huida a la aplicación de la norma que indefectiblemente debe ser aplicada. Ello supondría una vulneración del principio de igualdad regulado en la Constitución. Volvemos a donde comenzamos, cuando tratamos la protección de consumidores y usuarios nos parece meridianamente claro que lo hacemos en relación al contenido de lo que se juzga/arbitra y a las normas aplicables al fondo de la cuestión. No tanto a uso de un procedimiento arbitral o a un proceso judicial a pesar de las ventajas que, respecto a los mismos, se detalla en los votos particulares que comentamos.

Entendemos que el legislador, cumpliendo el mandato establecido en el artículo 51 CE, ampara al asegurado otorgando una serie de derechos al consumidor tendentes a reequilibrar su posición y regulando el contenido de los clausulados con normas imperativas, imponiendo la irrenunciabilidad de los derechos y la salvaguarda de que se aplique la interpretación más favorable para el asegurado. Considera el magistrado Xiol Ríos que el "favor" al consumidor con la opción del arbitraje es que la controversia se resuelva de forma "más ágil y objetiva". Lo de más ágil se entiende, no necesariamente "más objetiva" y, desde luego, en ningún caso, "más

económica” que, obviamente, es discutible. Aunque este último tema no lo trataremos aquí por no estar relacionado con la cuestión que nos ocupa.

4. Consideraciones finales

Nos encontramos ante una sentencia que de forma clara expone los elementos esenciales del arbitraje constitucional. La autonomía de la voluntad de las partes es fundamental para que éste no sea inconstitucional por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de exclusividad jurisdiccional el arbitraje. Los efectos de cosa juzgada del laudo arbitral así como las causas de anulación del laudo previsto en el art. 41 de la actual Ley de Arbitraje en las que no se incluye ninguna relacionada con la revisión del fondo del asunto por los órganos judiciales, determinan el carácter esencial de la voluntariedad en el arbitraje.

Así pues, todo arbitraje que no sea consecuencia de un acuerdo libre entre las partes no merecería ser considerado constitucional. La voluntariedad es la esencia de la institución arbitral y la razón consiguiente por la que el laudo tiene efectos de cosa juzgada y por lo que no cabe revisión judicial de dicho laudo a salvo de cuestiones formales o procedimentales.

5. Bibliografía

- Alvarado Velloso (1989). La conciliación. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, (T.1, Cuad.1), 1-21,
- Chillón J.M. y Merino, J.F. (2004). Valoración crítica de la nueva Ley de Arbitraje. *Diario La Ley* nº 5945
- Fernández Rozas, (2015) Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales, *Diario La Ley*, nº8537
- Figueruelo Burrieza A., *El Derecho a la tutela Judicial efectiva*, Madrid, 1990
- Guasp Delgado, J., (1956). *El arbitraje en Derecho Español. Su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953*, Barcelona, Bosch

- Maresca Cabot, (1995). El arbitraje en el Derecho Administrativo, *Tribunal Arbitral de Barcelona*, nº7, 39-47
- Martín Brañas, C., (2006). La acción de anulación frente a laudos arbitrales: especial referencia a su tramitación procedimental, *Foro Nueva época*, nº 3, 113-157
- Pelayo, R.C. (2015) El concepto de “orden público” y la anulación de laudos arbitrales, *Diario La Ley*
- Rubio, P.M. y Rodríguez, P. (2009), La discutida exigencia del presupuesto de la «inequívoca voluntad» de sumisión en materia de arbitraje de transportes: posible infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su manifestación de derecho de acceso a la jurisdicción, de la presunción legal de sumisión a arbitraje de transportes, *Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje*. Nº 6, 59-84
- Ruiz-Rico G. (2013) *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Valencia, Tirant lo Blanc, 23 y ss.
- Stampa Casas, G. (2011) La reforma de la Ley de Arbitraje, *Diario La Ley*, nº 7725