

DE NUEVO SOBRE LA CONTRACTUALIDAD DEL ARBITRAJE

JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA SÁENZ
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Burgos

I. INTRODUCCIÓN. II. LA NUEVA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. III. UN
ARBITRAJE *EX LEGE* Y SUS CONSECUENCIAS DE DISTINTA NATURALEZA.

RESUMEN

Trata el estudio de contrastar la doctrina contenida en la STC 174/1995, de 23 de noviembre, con la que ahora establece la STC 352/2006, de 14 de diciembre, sobre el arbitraje previsto por el artículo 38 de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre en su artículo 38.1, párrafo 3º, y su compatibilidad con la tutela judicial efectiva que regulan los artículos 24 y 117 de la Constitución española, ya que aunque en apariencia se viene a reproducir la misma doctrina sobre un texto legal ahora diferente y, por tal razón, declarado conforme a la Constitución, lo cierto es que se sanciona un arbitraje de origen más legal que convencional.

PALABRAS CLAVE: arbitraje; contrato de transporte; tutela judicial efectiva; exclusión por declaración de voluntad unilateral.

ABSTRACT

The aim of this work is to contrast the opinion contained in the STC 174/1995 of the 23rd November with the one that now the STC 352/2006 of the 14th December establishes on the arbitration foreseen by the sect 38.1, paragraph 3rd of the *Ley de Ordenación del Transporte Terrestre*, and its compatibility with the *tutela judicial efectiva* that regulates the sections 24 and 117 of the Spanish Constitution, for although it apparently records the same opinion about a legal text now different and, consequently, declared in accordance with the Constitution, the fact is that an arbitration more legal than conventional is accepted.

KEY WORDS: arbitration; transport contract, *tutela judicial efectiva*, exclusion by will of one of the parts.

I. INTRODUCCIÓN

Si el artículo 38.2 de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre (en adelante, LOTT), en la redacción correspondiente a Ley 16/1987, ocasionó que se alzaran dos cuestiones de constitucionalidad que, una vez acumuladas, dieron lugar a la declaración de inconstitucionalidad del precepto por la STC 174/1995, de 23 de noviembre. Se trata ahora de que se suscitó otra cuestión de constitucionalidad por la Audiencia Provincial de Barcelona mediante Auto de 30 de Abril de 1999, acerca del artículo 38.1, párrafo 3º, de la LOTT en la redacción que había recibido de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, y también ahora como en el pasado, por posible infracción del artículo 24.1 y del artículo 117.3 de la Constitución española.

Y, si en aquella primera ocasión el pronunciamiento del Tribunal Constitucional fue de inconstitucionalidad del artículo 38.2 de la LOTT en su texto originario, y venía a ratificar la previa afirmación por el Tribunal Constitucional de la contractualidad del arbitraje (1), de modo que si la Ley lo establecía y sólo podía ser excluido de común acuerdo por las partes del contrato de transporte, se trasmutaba en un arbitraje obligatorio para el contratante que no lo deseara, y por lo tanto incompatible con el principio constitucional de la tutela judicial efectiva, hoy por el contrario, la STC 352/2006, de 14 de diciembre, partiendo de la doctrina entonces sentada, llega a la conclusión desestimatoria de la cuestión de constitucionalidad suscitada, y a afirmar la plena validez de la norma cuestionada, el artículo 38.1, párrafo 3º, LOTT, que sería enteramente conforme a los artículos 24.1 y 117.3 de la Constitución.

El alegato del Abogado del Estado en defensa de la constitucionalidad de la norma legal cuestionada se basa en que el Legislador no hizo sino seguir al pie de la letra la doctrina sentada por la STC 174/1995, de 23 de noviembre, y entiende que bajo la cuestión de constitucionalidad se halla una cuestión nueva acerca de "las condiciones de constitucionalidad que han de concurrir para que el Legislador pueda dar valor declarativo al silencio", facultad que a su juicio entra dentro de sus posibilidades, y cita en apoyo de tal doctrina a de Castro, Cariota Ferrara

(1) Afirmada en SSTC 15/1989, FJ 9, y 62/1995, FJ 5, junto con la idea de que el arbitraje es un equivalente jurisdiccional compatible con la tutela judicial efectiva. Ver *Arbitraje de consumo: pronunciamientos judiciales*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1999, págs. 11 y ss.

y Lacruz Berdejo, aunque sin concretar la ubicación de tales opiniones en la obra de esos autores.

A juicio del Abogado del Estado, el párrafo 3º del artículo 38.1 LOTT “asigna un valor y sentido a una determinada conducta”, y en términos muy semejantes se pronuncia el Fiscal General del Estado defendiendo la constitucionalidad de la norma. Para ambos defensores de la constitucionalidad de la norma contenida en el artículo 38.1, párrafo 3º, LOTT, existiría en el supuesto de hecho de la norma, un convenio arbitral aceptado por las partes del contrato de transporte terrestre mediante su silencio.

El valor que se atribuye así al silencio tiene una validez discutible, porque no es un caso de “silencio como declaración de voluntad”, tal y como afirma el Abogado del Estado y confirma el Fiscal General del Estado (2). Para que quepa afirmar tal cosa las partes deberían ser conscientes del valor negocial de su silencio, y no hay norma que tal cosa prevea, ni se puede acudir al artículo 6.1 del Código civil, que como su precedente en la redacción originaria establece que la ignorancia de las normas no excusa de su cumplimiento, puesto que no recoge ese precepto el aforismo *nemo censetur ignorare ius*, y se limita a afirmar la obligatoriedad de las normas (3), sean o no conocidas por los interesados. Así pues, bien podría decirse que más que una declaración de voluntad negocial, lo que hay es un efecto especial que la ley atribuye a un hecho jurídico complejo, que no es otro que el silencio de las partes en un cierto período de tiempo en determinados contratos de transporte terrestre, en principio con prestaciones de valor inferior a 500.000 ptas., y hoy con valor no superior a 6.000 euros, como ya puse de relieve a propósito de la STC 174/1995, de 23 de noviembre (4).

(2) Es opinión común y ya clásica que el silencio “sólo será signo de declaración de voluntad dirigida a la configuración de un negocio jurídico cuando el que calla sea consciente del significado de su silencio como signo de declaración de conformidad”, afirma W. FLUME, y añade “cuando el que calla no es consciente de la significación de su silencio como declaración, falta...no sólo la voluntad de declarar o la conciencia de la declaración, sino también la voluntad de actuar”. Ver *El negocio jurídico*, traducción de J. MIQUEL GONZÁLEZ, ed. de la Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, págs. 95 a 98. En parecido sentido S. Pugliatti afirmaba que el silencio no es siempre en sí mismo considerado una manifestación tácita de voluntad, sino solamente si hace deducible una cierta voluntad del agente, lo que ciertamente no se puede postular con carácter general, ni tampoco en el caso que nos ocupa, y concluía que “la mayor parte de las veces es la ley misma la que atribuye al silencio como hecho un significado específico” (la traducción es del autor de este trabajo). Ver S. PUGLIATTI, *Fatti giuridici*, ed. Revisada por A. FALZEA, Giuffrè, Milán, 1996, pág. 69.

(3) J. L. DE LOS MOZOS, *Derecho civil. Parte General*, Salamanca, 1977, t. I, págs. 675 y ss.

(4) J. DE LA CUESTA SAENZ, “Contractualidad del arbitraje. A propósito de la STC 174/1995 de 23 de Noviembre”, en *Derecho privado y Constitución*, nº 9 (1996), pág. 318.

Ahora bien, el propio Legislador, en la redacción dada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, califica la técnica que emplea de otro modo: la llama “presunción”, pero tampoco esta alternativa al pretendido silencio con valor de declaración negocial parece una calificación adecuada, puesto que las presunciones legales son una técnica jurídica que opera sobre el reparto de la carga de la prueba dentro del proceso (5), y lo que hacía el viejo artículo 38.2 LOTT del año 1996 no era eso en ningún caso, sino más bien generar un arbitraje *ex lege* en los contratos de transporte en los que la cuantía de la controversia no alcanzase las 500.000 pesetas, y no hubiese un “pacto expreso en contrario”.

Aquel régimen no guardaba ningún parentesco con la técnica de las presunciones legales, sino que se asemejaba mucho más a regímenes como el de la responsabilidad del vendedor por evicción en el contrato de compraventa que contiene el artículo 1.485 del Código civil, que es también susceptible de excluirse como efecto del contrato por acuerdo de las partes.

Entonces el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 174/1995, de 23 de noviembre, consideró que ese régimen no respetaba la exigencia de la tutela judicial efectiva y declaró la inconstitucionalidad del precepto, admitiendo, por hipótesis, 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 existencia de dicho convenio por una presunción *ope legis* de su existencia cuando la controversia es de escasa cuantía” (FJ 3).

El artículo 38.1, párrafo 3º, que hoy contemplamos, procedente de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, y actualmente reformado por la Ley 29/2003, de 8 de octubre, de mejora de las condiciones de competencia y seguridad en los transportes, que elevó a 6.000 euros la cuantía de las controversias sometidas al arbitraje en el previsto, asumió esa funda-

(5) En tal sentido ver M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios al Código civil y a las compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. XVI, vol 2º, Madrid, 1981, pág. 602, quien considera que esta es la doctrina tradicional y que también la doctrina moderna, según la cual la presunción legal es una regla sobre el reparto de la carga de la prueba. En el mismo sentido R. SACCO, “Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto e onere della prova. Aspetti diversi di un unico fenomeno o fenomeni autonomi?”, *Studi in onore di F. Messineo*, t. I, Milán, 1959, págs. 417 y ss. Además la propia definición legal del artículo 385 de nuestra Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000, de 7 de enero, corrobora esta idea de considerar las presunciones dentro del marco de la carga de la prueba y su distribución entre las partes de un proceso. En el mismo sentido el comentario de A. DE LA OLIVA al citado precepto, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 645 y ss.

mentación en una presunción legal (*ope legis*) de convenio arbitral, pero ciertamente, como ya se anticipó, no es una verdadera presunción, sino la atribución *ex lege* a ciertos contratos de transporte de un efecto específico y adicional que sería la exclusión de la jurisdicción, y que no admite prueba en contrario (6), como prevé el artículo 385.3 de la LEC++, sino que es susceptible de excluirse por una mera declaración unilateral contraria al arbitraje y realizada en tiempo oportuno. Así pues, la inexistencia del consentimiento necesario para un convenio arbitral es palmaria en todo caso, pero la Ley considera que habrá arbitraje, y no acceso a la jurisdicción, de no ser que una de las partes del contrato de transporte “hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debiera haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratada”, como expresa el propio precepto frente al que se alza la cuestión de constitucionalidad.

II. LA NUEVA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 38.1, párrafo 3º, LOTT en su redacción procedente de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, está condensada en el fundamento jurídico 4 de la STC 352/2006, de 14 de diciembre, y, en apariencia al menos, no es una doctrina nueva, sino una reiteración de la doctrina expresada en la STC 174/1995, de 23 de noviembre, aunque fuese entonces expresada *obiter dictum* y no como fundamento del fallo, que se basó exclusivamente en la inconstitucionalidad de la exigencia de pacto en contrario de excluir el arbitraje. La indicación hipotética de qué regulación legal podía rehuir con parecidos efectos el escollo de la inconstitucionalidad por contravenir el principio de la tutela judicial efectiva convertía aquella sentencia del Tribunal Constitucional del año 1995 en una de las llamadas sentencias interpretativas, y dentro de ellas, de aquellas de alcance más dudoso por comportar una función de “legislador positivo” (7).

(6) La presunción llamada *iuris et de iure*, que no admite prueba en contrario, no es una verdadera presunción porque no opera en el reparto de la carga de la prueba en el proceso. En tal sentido M. SERRA DOMÍNGUEZ, obra citada, pág. 612.

(7) Ver en tal sentido F. CALVO VIDAL, *La jurisprudencia ¿fuente del Derecho?*, ed. Lex Nova, Valladolid, 1992, págs. 208 y 209; también, citando a I. DE OTTO, ver V.L. MONTÉS PENADÉS, *Derecho civil. Parte General. Introducción y fuentes*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1993, pág. 138, donde explica que “el Tribunal Constitucional es un Legislador negativo, y la sentencia que declara la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de

Pero en la sentencia que nos ocupa, ha afirmado ahora el Tribunal Constitucional, como fundamento del nuevo fallo, que el precepto cuestionado sigue respondiendo a la “plausible finalidad de fomentar el arbitraje como medio idóneo para, descargando a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa, obtener una mayor agilidad en la solución de las controversias de menor cuantía”, y, tras insistir en la idea de que sería constitucionalmente admisible el “haber 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*”, concluye en el sentido de que “la consecuencia jurídica cuestionada... en cuanto puede ser excluida por la declaración de una sola de las partes, cuya formulación además puede producirse incluso después de celebrarse el contrato, no resulta desproporcionada. De una parte porque no merece tal calificación la vinculación por el silencio resultante de una disposición normativa referida a una actividad muy concreta (contratos de transporte terrestre) y en relación únicamente con las controversias de menor entidad económica. De otra parte porque los contratantes no vienen obligados a formular aquella declaración en el momento mismo del perfeccionamiento del contrato sino que el *dies ad quem* para la expresión de su voluntad contraria a la intervención de las Juntas Arbitrales se pospone hasta el momento en que se inicia o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratada”.

Así pues, el Tribunal Constitucional se inclina por considerar que hay una vinculación válida, derivada del silencio (“vinculación por el silencio”), y lo hace, *a fortiori*, porque la norma cuestionada retrasa vinculación al arbitraje hasta el momento en que debiera iniciarse la prestación del servicio contratado. Se puede objetar el acierto de la calificación de presunción legal u *ope legis*, y también que la norma añade al silencio de las partes supuesto de hecho de la norma, cuando menos la exigibilidad de la prestación del contrato principal, puesto que en muchos contratos de transporte cuya prestación característica sea exigible inmediatamente, “desde luego” como reza el artículo 1.113 del Código civil por no estar sometido a plazo ni a condición, no se podrá acudir a

una determinada interpretación tiene la eficacia de la Ley misma. No así cuando interpreta un determinado precepto constitucional, pues en este caso la norma constitucional no es objeto de juicio, y la sentencia sólo puede vincular con fuerza de cosa juzgada respecto del objeto del juicio”. En el caso que nos ocupa, ha sido el propio Legislador el que ha generalizado el efecto de aquel pronunciamiento del Tribunal Constitucional, mediante la redacción de la LOTT que el nuevo pronunciamiento de dicho Tribunal sanciona como plenamente conforme a la Constitución.

la jurisdicción ordinaria sin exponerse a la declinatoria prevista por el artículo 39 de la LEC por falta de jurisdicción debida al sometimiento de la controversia a arbitraje. En rigor, conforme al artículo 38.1, párrafo 3º, LOTT hay sometimiento a arbitraje si no hay declaración en contra en todo contrato que no establezca término inicial o condición suspensiva, y puede añadirse a tal regulación que en los demás casos (cuando haya plazo pactado o derivado de un uso, o condición suspensiva) sólo la demanda ante el órgano jurisdiccional competente antes de ser exigible la prestación, podría tener el valor de declaración unilateral contraria al arbitraje.

Ciertamente la solución legal es criticable desde el punto de vista de la doctrina del contrato, aunque no lo sea desde el punto de vista constitucional, y lo es porque parte de un sobreentendido que no tiene por qué ajustarse a la realidad, y que es la existencia de una “vinculación por el silencio” como declaración de voluntad. Cuando lo que en realidad hay es una vinculación *ex lege*, derivada de un mero hecho jurídico, cual es el silencio sin otras connotaciones, y no una vinculación *ex voluntate* deducible del silencio cuya eficacia comercial deberían haber conocido las partes. En definitiva, una pseudopresunción legal, y un pseudoconvenio arbitral que la ley atribuye como efecto a un hecho constitutivo (8), que no es otro que el silencio de las partes durante un lapso de tiempo relativamente determinado, por más que se respete la tutela judicial efectiva en los términos que refleja la sentencia que nos ocupa.

Así pues, el problema no sería ya de orden constitucional, salvada la vigencia del principio de tutela judicial efectiva, sino de posible desnaturalización del arbitraje que sólo muy forzosamente puede considerarse en tales casos como un verdadero contrato. Parece que se fuerzan en exceso las palabras que se utilizan, hasta el punto de que se trasluce que no hay una verdadera presunción legal por las razones que ya se han expuesto, y que puede llegar a faltar incluso el consentimiento, que es el elemento constitutivo del contrato por excelencia; puede haber tras esta regulación casos en que el arbitraje sea *ex lege*, no previsto por las partes, y aceptado como una implacable consecuencia legal de su silencio por una de ellas o por ambas, o incluso por terceros, como ocurre en el supuesto de hecho al que se refiere la sentencia, en el que la

(8) Afirmaba S. PUGLIATTI, obra citada, pág. 27, que “se llama hecho constitutivo a aquel hecho del que depende el nacimiento de una situación jurídica subjetiva”, que en este caso sería la de parte contratante de un contrato de transporte excluido de la jurisdicción.

cuestión se suscita en un procedimiento instado por la compañía aseguradora de quien contrató el transporte de una mercancía que se perdió.

Fuera, por lo tanto, del campo estrictamente constitucional, y admitiendo que hay siempre un cierto nivel de respeto a la tutela judicial efectiva, la cuestión se desplaza hacia la propia concepción del convenio arbitral, que resulta severamente afectada, hasta un punto que, como se ha visto, tiene proyecciones prácticas, toda vez que se puede plantear con éxito la declinatoria frente a una demanda judicial en contratos de transporte que ni siquiera hayan comenzado a ejecutarse, aunque no sea este el caso que dio lugar a la cuestión de constitucionalidad, mientras que sólo si la demanda se interpone antes de ser exigibles las prestaciones, no cabrá por el contrario oponer la declinatoria.

Puede, por lo tanto, decirse que no es que se “aligeren” los aspectos formales del consentimiento que es de esencia en el convenio arbitral salvo en estos excepcionales casos, porque esa tendencia aligeradora se encuentra presente también ahora en la propia legislación de arbitraje, ya que la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, en su artículo 9, aunque mantiene la exigencia de forma escrita, permite en su apartado 5 que se produzca el perfeccionamiento del convenio arbitral cuando “en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia [la del convenio arbitral] sea afirmada por una parte y no negada por la otra”. Es que, yendo mucho más lejos, en el artículo 38.1, párrafo 3º, LOTT se prescinde por completo de la apariencia contractual y se da vida a un arbitraje que puede tener origen exclusivamente legal, y en la génesis de este arbitraje sí que es posible detectar la realización por el Legislador de algunas de las afirmaciones hipotéticas del fundamento jurídico 3 de la STC 174/1995, de 23 de noviembre, sobre la pretendida técnica de la presunción legal, que no fueron fundamento de aquel fallo, pero en las que el Tribunal reflexionó sobre las posibilidades de que gozaba el Legislador para alcanzar el objetivo de erigir un arbitraje sectorial ya no exquisitamente contractual y susceptible de desviar de la jurisdicción un considerable número de conflictos.

III. UN ARBITRAJE EX LEGE Y SUS CONSECUENCIAS DE DIVERSA NATURALEZA.

El contrato de transporte terrestre retorna a través de este arbitraje *ex lege* para los contratos con prestaciones de cuantía inferior a 6.000 euros, y al que la propia página web del Ministerio de Fomento califica

como obligatorio (9), a recorrer un camino muy similar al que recorrió en otro tiempo en materia de solución de controversias. Hay que recordar que la Ley de 8 de julio de 1932 creó las Juntas de Detasas, de ámbito provincial, que deberían mediar con carácter obligatorio y previo a la actividad jurisdiccional en el transporte por ferrocarril. Posteriormente, la Ley de 24 de junio de 1938 convirtió esa actividad de mediación o conciliación previa a la jurisdiccional en una actividad alternativa a la jurisdicción, de naturaleza arbitral, en controversias de poca cuantía, actividad ésta que disposiciones posteriores extendieron a los transportes por carretera, y, por último, el Decreto Ley de 2 de septiembre de 1947 dio fuerza ejecutiva a los fallos de las Juntas de Detasas en litigios de menos de 3.000 pesetas de cuantía.

Por fin, el Real Decreto 1721/1978, de 2 de junio (10), trata de reconducir la situación hacia la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, como reza su preámbulo, y convierte a las Juntas de Conciliación y Mediación en Transporte Terrestre, en órganos meramente mediadores, y sólo arbitrales cuando las partes, no avenidas en trámite previo, convengan libremente someterse (art. 7).

Parece, pues, que las sucesivas redacciones de la LOTT al crear Juntas Arbitrales de Transporte, las han convertido en "equivalente jurisdiccional" como cualquier otro órgano arbitral, en litigios de cuantías ahora de hasta 6.000 euros, y todo ello sin necesidad de esa sumisión expresa que hace del arbitraje una institución exquisitamente contractual. Que tal evolución no afecte al principio de la tutela judicial efectiva parece fuera de duda gracias a la propia intervención del Tribunal Constitucional en la STC 174/1995, pero otra cosa es que no afecte, y de forma posiblemente negativa, a la propia esencia del arbitraje (11).

(9) http://www.fomento.es/MFOM/LANG_CASTELLANO/DIRECCIONES_GENERALES/TRANSPORTE_POR_CARRETERA/SERVICIOS_TRANSPORTISTA/JUNTAS_ARBITRALES

(10) Que en su preámbulo expone resumidamente la evolución del Derecho positivo que se ha señalado.

(11) Las Juntas Arbitrales de Transporte están reguladas en los artículos 6 a 12 del Reglamento de la LOTT aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, en cuanto a su composición, sus funciones y su procedimiento. Por aplicación de la vigente Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) hay que entender que se tratará de un arbitraje de Derecho, lo que convierte los Colegios Arbitrales de Transporte conforme a los artículos 15 y 34 de la Ley de Arbitraje en Colegios que habrán de estar integrados por Abogados en ejercicio "salvo acuerdo expreso en contra". Sobre otras funciones ajenas al arbitraje de las Juntas Arbitrales de Transporte ver, Sonia RODRIGUEZ SÁNCHEZ, *Las Juntas Arbitrales de Transporte: constitución y funciones*, (con especial atención a su función de depositarias de las mercancías), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Está por otra parte claro, que no será un contrato forzoso, como en algún momento pudo serlo este arbitraje en materia de transportes, y que está restringido a una materia muy concreta y a unas cuantías no muy elevadas, lo que parece en principio convertirle en una excepción, que no tiene por qué contaminar al resto del arbitraje, tanto al sometido a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, como al arbitraje de consumo regido hasta el momento por el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo (12).

No obstante, el momento de cambio que se vive en el arbitraje de consumo hace pensar que se pueda también alejar ese sistema arbitral del estricto contractualismo que caracteriza en el funcionamiento de las Juntas Arbitrales de Consumo. El borrador de Real Decreto sometido a información pública no incidía de modo muy drástico en la formalización del convenio arbitral, que a lo sumo, se trataba de adaptar a la vigente Ley de Arbitraje en la medida en que ésta remodeló las posibles formas de alcanzar el consentimiento contractual. Pero sí incide el citado Borrador, y muy profundamente, en la propia naturaleza y régimen de las Juntas Arbitrales de Consumo, que se sumergen decididamente en el procedimiento administrativo, aunque con un sistema peculiar de recursos, poco compatible con la realidad del sistema arbitral.

También se proyecta una potenciación de la mediación que se hace obligatoria, y que distorsiona el sistema arbitral haciendo peligrar sus innegables virtudes de rapidez y simplicidad.

Pero una reforma que pretendiese convertir el arbitraje de consumo en un arbitraje *ex lege* semejante al consagrado por la LOTT, para determinadas cuantías, sería sencillamente mortal para el sistema, que no soportaría una expansión tan brutal sin perder todas sus cualidades (13), y probablemente desaparecería víctima de crecientes necesidades económicas.

No parece, pues, que el ejemplo de la LOTT pueda cundir y que se generalice la desnaturalización del carácter contractual del arbitraje con aristas tan acusadas, pero sí que es posible una desviación hacia lo que

(12) La Disposición final Sexta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la protección de consumidores y usuarios prevé la reforma del Sistema Arbitral de Consumo y concede para ello el plazo de un año al Gobierno. El borrador de Real Decreto ha sido ya sometido a información de los sectores e instituciones afectados, y es previsible que se reforme dentro del plazo previsto, en sentidos que ya venían predispuestos en alguna medida por la propia modificación del Arbitraje en general llevada a cabo por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre.

(13) En tal sentido M.J. MARÍN LÓPEZ, "Consumidores y medios alternativos de resolución de conflictos", *Centro de estudios de consumo*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, págs. 15 y ss.

los administrativistas han calificado como actividad arbitral de las administraciones (14), que, aunque no se relaciona necesaria y directamente con el fenómeno que se observa en las sucesivas versiones del arbitraje de transportes, sí que coincide con la situación material y real que ha dado lugar al mismo en el seno de las administraciones públicas (15).

En fin, creo que salvaguardar el carácter netamente contractual del convenio arbitral, evitando “aligeramientos” excesivos en su período prenegocial que puedan dar al traste con la normalidad de los cauces de formación del consentimiento contractual, debe ser una meta del intérprete y especialmente del iusprivatista, ya que a la larga es la garantía de pervivencia del arbitraje y de su servicio a la justicia (16) como cauce alternativo a la jurisdicción. Las relativas ventajas del arbitraje como alternativa a la jurisdicción descansan en buena medida en que si es la voluntad la que ha dado origen al arbitraje, también será capaz tal voluntad de subsanar los vicios, incluso de procedimiento, que a menudo hacen torpe y lenta la administración de justicia incluso en la vía arbitral, y esta virtualidad desaparece en un arbitraje no contractual.

BIBLIOGRAFIA

F. CALVO VIDAL (1992), *La jurisprudencia ¿fuente del Derecho?*, ed. Lex Nova, Valladolid, 1992.

J. DE LA CUESTA SAENZ (1996), “Contractualidad del arbitraje. A propósito de la STC 174/1995 de 23 de Noviembre”, *Derecho privado y Constitución*, nº 9, págs. 315 y ss.

W. FLUME (1998), *El negocio jurídico*, trad. J. M. Miquel González, ed. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

M. J. MARIN LOPEZ (2007), “Consumidores y medios alternativos de solución de conflictos”, *Centro de Estudios de Consumo*, Universidad de Castilla-La Mancha, págs. 15 y ss.

(14) R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo*, t. I, ed. Pons, Madrid, 1995, pág. 593.

(15) También habría que reflexionar, desde el punto de vista de la competencia exclusiva del Estado en materia de arbitraje, sobre si resulta razonable multiplicar los procedimientos convencionales entre el Estado y otras Administraciones públicas que permiten a éstas administrar arbitrajes sectoriales, o al menos sobre el modo más razonable de hacerlo.

(16) En tal sentido F. RIVERO HERNÁNDEZ, en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 471.

V.L. MONTES PENADES(1993) y otros, *Derecho Civil Parte General. Introducción y Fuentes*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993.

J.L. DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS(1977), *Derecho civil. Parte General*, Salamanca, 1977.

A. DE LA OLIVA SANTOS (2001), *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Civitas, Madrid, págs. 645 y ss.

R. PARADA VAZQUEZ (1995), *Derecho administrativo*, ed. Pons, t. I, págs. 593 y ss.

S. PUGLIATTI, *Fatti giuridici*, puesto al día por A. Falzea, Milano, Giuffrè, 1996.

S. RODRIGUEZ SANCHEZ, *Las Juntas Arbitrales de Transporte: constitución y funciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

F. RIVERO HERNANDEZ (1991), *Comentarios A la Ley de Arbitraje*, coordinados por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 1991.

R. SACCO (1959), "Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto e onere della prova: aspetti diversi di un fenomeno único o fenomeni autonomi?", *Studi in onore de F. Messineo*, Giuffrè, Milán, págs. 417 y ss.

M. SERRA DOMINGUEZ (1981), *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, t. XVI, vol 2º, págs. 602 y ss., Ederesa, Madrid.