

La eficacia horizontal de los derechos fundamentales: arbitraje y derecho a la tutela judicial efectiva

EMILIO VIEIRA JIMÉNEZ-ONTIVEROS

Doctor en Derecho

Abogado

Profesor Asociado de Derecho civil

Universidad Loyola Andalucía

¿Principios? Los principios no son suficientes. Son solo vestidos, trapos que vuelan a la primera sacudida.

Joseph Conrad

RESUMEN

El arbitraje constituye un caso de jurisdicción convencional, que se incardina dentro del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. De dicho derecho es también consecuencia el beneficio de justicia gratuita. Si una de las partes del arbitraje no atiende a los gastos del mismo, queda excluido del procedimiento, pero le queda cerrada la vía de la jurisdicción ordinaria, por lo que debemos preguntarnos si el beneficio de justicia gratuita debería ampliarse al proceso arbitral. En este artículo analizamos cómo debe aplicarse un derecho fundamental a una relación privada cual es el arbitraje, cómo se incardinan el arbitraje y la justicia gratuita en el derecho a la tutela judicial efectiva, y qué soluciones puede dar el Estado para garantizar dicho derecho fundamental también en el arbitraje, y sobre qué fundamentos.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derechos fundamentales. Estado garante. Drittwirkung. Beneficio de justicia gratuita. Arbitraje. Jurisdicción Ordinaria. Orden público. Rebus sic stantibus.

The horizontal effectiveness of fundamental rights: arbitration and the right to effective judicial protection

ABSTRACT

The arbitration constitutes a case of conventional jurisdiction, which is part of the fundamental right to effective judicial protection. The benefit of legal aid is also a consequence of this right. If one of the parties to the arbitration does not pay for the expenses of the arbitration, it is excluded from the proceeding, but the ordinary jurisdiction is closed, so we must ask whether the benefit of legal aid should be extended to the arbitration process. In this article we analyze how to apply a fundamental right to a private relationship which is arbitration, how arbitration and free justice are embedded in the right to effective judicial protection, and what solutions the State can give to guarantee this fundamental right. in arbitration, and on what grounds.

KEY WORDS

Right to effective judicial protection. Fundamental rights. Guarantor State Drittwirkung. Benefit of free justice. Arbitration. Ordinary Jurisdiction. Public order. Rebus sic stantibus.

SUMARIO: I. Introducción.—II. Derecho a la tutela judicial efectiva. El derecho a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental. La horizontalidad de los derechos fundamentales.—III. El beneficio de justicia gratuita como consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva.—IV. El arbitraje como integrador del derecho a la tutela judicial efectiva.—V. Arbitraje y beneficio de justicia gratuita.—VI. El Estado como garante del derecho a la tutela judicial efectiva, ¿también en el arbitraje?—VII. ¿Puede esperar el derecho a la tutela judicial efectiva? ¿Podemos esperar soluciones de lege ferenda al problema planteado?—VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje supone una más que interesante alternativa a la Justicia Ordinaria, en nuestra opinión por dos motivos: por la celeridad en sus resoluciones y por la elevada especialización de los árbitros.

El encarecimiento de la Justicia Ordinaria, especialmente tras las reformas introducidas en 2013 hicieron más atractiva, si cabe, la figura. La marcha atrás del Gobierno de la Nación respecto de las tasas judiciales solo había afectado a las personas físicas, por lo que muchas empresas quedaron fuera de ese justo beneficio, si bien el Tribunal Constitucional ha declarado nulas las tasas judiciales por sentencia de 21 de julio de 2016¹.

Sin embargo, este tiempo que vivimos ha venido marcado por una terrible situación económica, de modo que a la vez que el arbitraje ha ganado espacio, los sujetos han perdido capacidad económica, y con demasiada frecuencia, de forma tan trágica como súbita.

Puede darse el caso de que un sujeto haya firmado un convenio arbitral, que le vale tanto para sujetarse al procedimiento arbitral como para separarse de la Justicia Ordinaria, como veremos, y que no pueda asumir, por dificultades económicas sobrevenidas, tan comunes hoy día, su parte de los costes del arbitraje.

¿Queda ese contratante por lo tanto sin acceso al arbitraje? ¿Queda sin acceso al derecho a la tutela judicial efectiva? ¿Qué soluciones pueden darse a este conflicto? Intentaremos dar respuesta a estos interrogantes en las siguientes líneas.

II. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO DERECHO FUNDAMENTAL. LA HORIZONTALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

II.1 EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El artículo 24.1 CE establece que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión». Si existe un derecho-estrella en el firmamento jurídico español, este título le corresponde, sin discusión alguna, al artículo 24 y, en especial, a su párrafo primero².

¹ «La sentencia es estimatoria parcialmente, por cuanto que considera que el establecimiento de tasas no vulnera en sí mismo el derecho fundamental de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE y, por tanto, los fines perseguidos por la Ley son constitucionales, pero sí considera que su cuantía –tanto la fija como la variable– es desproporcionada y puede producir un efecto disuasorio en los ciudadanos e incluso imposibilitar que acudan a los Tribunales».

Vid.: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11242-el-tribunal-constitucional-anula-las-tasas-judiciales/>

² DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva», *Poder Judicial*, núm. 5, 1987.

Y es que, en efecto, probablemente no haya artículo más invocado en los procedimientos administrativos y judiciales de este país.

El artículo 24 esconde un derecho, o conjunto de derechos, complejo, cuya interpretación no es, ni puede ser, simple. En lo que interesa a este artículo, vamos a distinguir dos planos en el derecho a la tutela judicial efectiva³:

En una perspectiva negativa, el artículo 24 CE no garantiza el acierto de las resoluciones judiciales, ni en la valoración de los hechos ni en la interpretación y aplicación del Derecho vigente. La Constitución no enuncia un imposible derecho al acierto del Juez⁴.

En una perspectiva positiva, que es la que nos interesa, el derecho a la tutela judicial efectiva sería, según abundante jurisprudencia constitucional⁵ un derecho complejo que se proyecta en una serie de derechos que podemos ordenar en torno a tres aspectos:

1. Acceso a la justicia⁶.
2. Obtención de un fallo.
3. Ejecución del mismo⁷.

³ PEREZ ROYO, Javier: *Curso de Derecho Constitucional*. Undécima edición, revisada y puesta al día por Manuel Carrasco Durán. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 417.

⁴ ATC 22/1993, FJ 3.º.

⁵ Por un lado, la STC 223/2001 establece que el núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial proclamado por el artículo 24.1 CE consiste en el acceso a la jurisdicción (en idéntico sentido SSTC 73/2004, 237/2005, 119/2008 y 29/2010); por otro lado, el derecho a la obtención de un fallo aparece en las SSTC 144/2003, 290/2006 ó 24/2010; en tercer lugar, el derecho al cumplimiento de la sentencia figura, entre otras, en las SSTC 224/2004, 282/2006 o 20/2010.

⁶ El TC en su sentencia 220/1993, FJ 2, tiene determinado que «el primer contenido de dicho derecho (el de la tutela judicial efectiva) en un orden lógico y cronológico, es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y (...) poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas». Esto implica en primer lugar, dirigirse al órgano judicial competente; en segundo lugar, la admisión de cualquier tipo de pretensión –independiente es evidentemente que prospere o no–; y en tercer lugar, el costo de los procesos no puede ser un obstáculo (ORTEGA GUTIÉRREZ, David: *Sinopsis del Artículo 24 de la Constitución*, Congreso de los Diputados, diciembre 2003, en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tipo=2>), actualizada por Ángeles GONZÁLEZ ESCUDERO, en enero 2011,

⁷ En la misma línea GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Editorial Civitas, 3.ª edición, Madrid, 2001; DE ESTEBAN ALONSO, Jorge y GONZÁLEZ TREVIANO SÁNCHEZ, Pedro José: *Curso de Derecho Constitucional Español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1992-1994, recogida por ORTEGA GUTIÉRREZ, David: *Sinopsis del Artículo 24 de la Constitución*, cit; UREÑA CARAZO, Belén: «Argumentación jurídica sobre los derechos fundamentales y artículo 24 de la Constitución Española». *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2011, p. 600. Otros autores introducen más complejidad o matices en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, caso de PÉREZ LUÑO, Antonio E.: *Los Derechos Fundamentales*, 11.ª edición, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 76 y 77, o NATARÉN NANDAYAPA, C.F.: *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal: En torno a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 22, citando a Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.: «El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley», en *Revista española de Derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, año 1991, núm. 31; SÁNCHEZ AGESTA, L.: «El derecho

II.2 EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El derecho a la tutela judicial es el equivalente, en el Derecho anglosajón, a la obligación de respetar el «*due process of law*»⁸, que también aparece contemplado en las Enmiendas VI y XIV de la Constitución de los Estados Unidos de América⁹. El TC tiene establecido que el derecho a la tutela judicial efectiva un auténtico derecho fundamental de carácter autónomo y con contenido propio¹⁰, pero igualmente el Tribunal Constitucional precisa, en relación con su naturaleza, que no es la de un derecho de libertad ejercitable sin más, directamente a partir de la Constitución, sino la de un derecho de prestación, que solo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal¹¹.

Dicho de otro modo, el artículo 24 CE habría elevado al rango de derechos fundamentales las garantías judiciales y procesales de los derechos, dotándoles, además, de la máxima protección para su ejercicio¹².

II.3 LA HORIZONTALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Visto lo visto, tenemos claro que el derecho a la tutela judicial efectiva constituye un derecho fundamental, que abarca, básicamente, el acceso a la justicia, el derecho a un fallo, y el derecho a la ejecución de este.

Cuando Pérez Luño estudia los derechos fundamentales, los contempla desde una doble perspectiva, una objetiva, en cuanto representación del resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, y otra subjetiva, en cuanto determinadores del

a la tutela jurisdiccional. Comentario al Libro de Jesús González Pérez», en *Revista española de Derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, año 1984, núm. 10, p. 288.

⁸ PÉREZ LUÑO en *op. cit.*, p. 176.

⁹ ORTEGA GUTIÉRREZ en *op. cit.*

¹⁰ STC 89/1995.

¹¹ STC 99/1995. Tanto esta, como la anterior, citadas por ORTEGA GUTIÉRREZ en *op. cit.* PÉREZ ROYO en *op. cit.*, pp. 416 y 417 señala que «el derecho a la tutela judicial efectiva no es, por lo demás, un derecho de libertad, sino un derecho de prestación, que exige que el Estado cree los instrumentos para que el derecho pueda ser ejercido y la administración de justicia prestada. Se trata, en consecuencia, de un derecho fundamental, es decir, constitucional, pero de configuración legal».

¹² UREÑA CARAZO, en *op. cit.*

estatus jurídico de los ciudadanos¹³. En esa vertiente subjetiva, los derechos fundamentales tienden a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de la persona, no solo frente al poder del Estado, sino también frente a los demás miembros del cuerpo social¹⁴. Esta «ampliación de la eficacia de los derechos fundamentales a la esfera privada o en relación a terceros» es lo que la doctrina alemana, y por su potente influencia, toda la doctrina, llama la «*Drittwirkung der Grundrechte*».

Esta tendencia mencionada por Pérez Luño no es pacífica, por mucho que la mayoría de la doctrina esté convencida de una expansión horizontal de los derechos fundamentales. De hecho, la doctrina constitucional lleva discutiendo, sesenta años sobre si los derechos fundamentales se predicen solo frente al Estado, o si también pueden predicarse frente a la sociedad toda, sin que, a día de hoy, haya unanimidad en este sentido¹⁵.

¹³ *Op. cit.*, pp. 16 y 18.

¹⁴ PÉREZ LUÑO, en *op. cit.*, p. 18.

¹⁵ ASÍ, ALFARO ÁGUILA-REAL («Autonomía privada y derechos fundamentales». *Anuario de derecho civil*, vol. 46, núm. 1, 1993, pp. 57-122) niega tal horizontalidad de los derechos fundamentales, contraponiendo a esta idea cuatro argumentos:

– La primera objeción es de carácter positivo. Aunque el autor admite que no proporcionan datos concluyentes, los preceptos constitucionales permiten concluir que, en materia de derechos y sus garantías, sus destinatarios únicos son los poderes públicos. El artículo 53.1 CE establece que «los derechos y libertades (...) vinculan a todos los poderes públicos», sin que exista un equivalente en relación con los particulares. Para Alfaro la mención del 9.1 CE establece la sujeción, pero no la vinculación, es decir, viene a recordar la vinculación de todos al Derecho. Menciona a Canarias («Grundrechte und Privatrecht» *AcP* 184 (1984) para concluir que «si el constituyente hubiera pretendido regular los efectos de los derechos fundamentales en relaciones entre particulares habría establecido –además de afirmar su carácter vinculante para todos– una prohibición de su limitación o supresión (no solo por ley sino también) por contrato».

– La segunda objeción es de carácter valorativo. La aplicación inmediata de la horizontalidad contradice valoraciones fundamentales de la CE al limitar indebidamente el derecho de los particulares a disponer de su esfera jurídica como tengan conveniente.

– La tercera consiste en afirmar que, incluso los partidarios de la horizontalidad de los derechos fundamentales reconocen que la posición de los poderes públicos y de los particulares no pueden ser equiparados en relación con esos derechos fundamentales.

– Por último, y en cuarto lugar, entiende Alfaro que «postular la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales contradice el carácter democrático de nuestro Estado en la medida que, dado que son los jueces los que imponen coactivamente la *Drittwirkung*, supone atribuir a los jueces una competencia que solo puede ser del legislador: la de determinar el equilibrio entre el respeto a la libertad individual y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales».

A las dos primeras objeciones de Alfaro contesta el propio TC al señalar en su sentencia 177/1988, de 10 de octubre, que: «ciertamente, el art. 53.1 del texto constitucional tan solo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios, dado que, como señala la STC 18/1984 (FJ 6) “en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social. De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos. Las

relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato. No cabe olvidar que el art. 1.1 CE propugna entre los valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad, y que el 9.2 encomienda a todos los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas». ALFARO realiza hábiles argumentaciones trufadas de ejemplos, pero es peligroso caer en la casuística, porque se puede volver en contra de los argumentos esgrimidos. La objeción de carácter valorativo se cae por su propio peso ante casos como el de una aerolínea que se negara a trasladar a un gitano, por el hecho de serlo, o a un adventista por profesar tal religión, ya que siendo ambas partes sujetos privados, la aerolínea estaría violando el principio de igualdad, la prohibición de discriminación por razón de raza o religión, y el derecho a deambular de los ciudadanos, y no podría esgrimirse la libertad contractual para admitir tal comportamiento. Otro ejemplo puede ser el de la Comunidad de Pescadores del Palmar, expuesto por Inmaculada VIVAS TESÓN («La horizontalidad de los derechos fundamentales» *Bienes de la Personalidad. XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. 2008).

En el particular caso de la objeción de carácter valorativo, y sin perjuicio de lo determinado por el TC en la sentencia citada, no deja de tener Alfaro cierta razón en su planteamiento. Hago propia la reflexión de LÓPEZ Y LÓPEZ («Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular», en *Quaderni Fiorentini*, 1996, p. 438) cuando afirma que el equilibrio entre derechos fundamentales es complicado: la propia Constitución consagra la libertad de empresa, y esa libertad de empresa se desarrolla en una economía de mercado, y el mercado indica autorregulación, juicio sobre sus intereses confiado a los propios individuos: ¿una expansión ilimitada de la virtualidad de aquellos derechos fundamentales, no acabaría siendo gravemente lesiva para una esfera de inmunidad o prerrogativa de los particulares que la misma Constitución establece?

En cuanto a la tercera objeción, la argumentación de Alfaro puede ser parcial o relativamente correcta, pero no puede representar una objeción a la *Drittwirkung*, sino en realidad un claro reconocimiento de la misma, aunque no es predicable de todos los derechos en igual grado. Efectivamente, si bien la *Drittwirkung* es difícilmente negable, entendemos que no es menos cierto que su aplicación no es, ni puede ser, absoluta. La horizontalidad de los derechos fundamentales no es predicable en el mismo grado respecto de todos los derechos. Es fácilmente predicable, por ejemplo, de los derechos recogidos en el art. 18.1 CE (derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), en el 16.2 (prohibición de declarar sobre ideología, religión o creencias), el secreto profesional de los periodistas (art. 20.1.d), o el derecho de asociación (artículo 22.1 que considero más en sentido negativo: la libertad de asociación como límite para obligar a nadie a pertenecer a asociación alguna), pero la jurisprudencia constitucional ha limitado la oponibilidad de los derechos de los artículos 24 y 25 CE solo frente al Estado. La STC 18/1984 de 7 de febrero señaló expresamente que los derechos del artículo 24 «solo se tienen frente a los poderes públicos»; al igual que la STS de 9 de junio de 2001, y la SAP de Ávila de 20 de mayo de 1998. En su Auto 293/1982, de 6 de octubre, el TC sostuvo también que el principio de legalidad solo se refiere a los delitos y faltas de naturaleza penal y a las infracciones administrativas. Vid. ANZURES GURRÍA, José Juan: «La eficacia horizontal de los derechos fundamentales, Cuestiones Constitucionales», *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 22, enero-junio 2010, p. 26. Vid. así mismo la SSTC 69/1983, de 26 de julio; 96/1988, de 26 de mayo y 239/1988, de 14 de diciembre, 61/1990, de 23 de septiembre; 6/1995, de 10 de enero y la 120/1996, de 8 de julio. Esta relatividad de la *Drittwirkung* en la jurisprudencia constitucional es puesta de manifiesto, brillantemente, por BALLARIN IRIBARREN, Javier: «Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares (La *Drittwirkung* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)» *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8.º, núm. 24, 1988.

Por último, respecto de la cuarta, hay que reconocer que Alfaro plantea una cuestión en cierto modo inquietante. Como afirma LÓPEZ Y LÓPEZ («Estado social...» cit., pp. 443 y 444) «se ha puesto de manifiesto que al desarrollarse, como se ha visto, la cuestión de la *Drittwirkung* en el marco del control de constitucionalidad, ha aparecido

Sin embargo, y dicho lo anterior, podemos afirmar sin equivo-
carnos que no solo lo más florido de la doctrina española y suda-
mericana¹⁶ considera (con más o menos matices) la validez de la
Drittwirkung, sino que, lo que es más importante también es sos-
tenida por la Jurisprudencia del TC. Probablemente la sentencia
más importante respecto de este tema sea la 18/1984, en cuyo
FJ 6.º se dice que «la LOTC (art. 41.2) viene (...) a desarrollar la
Constitución, estableciendo la posibilidad del recurso de amparo
contra disposiciones, actos o simple vía de hecho, de los poderes
públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes
públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así
como de sus funcionarios o agentes, (...)». Pero añade que «esta
concretización (...) no debe interpretarse en el sentido de que
solo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades
públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un
Estado social de Derecho como el que consagra el artículo 1 de la

como algo vinculado primariamente a la actividad de los jueces, dejando en la sombra
que es el Poder legislativo el que tiene que hacer efectiva la influencia de los derechos
fundamentales en el Derecho Privado, liberando a aquellos de una delicada ponderación
de valores constitucionales, alejada de su especialidad, a la que los empujaría una constan-
te y extensa aplicación inmediata (esto es, sin interposición legislativa) de los dere-
chos reconocidos en la Constitución: ello nada tiene que ver con su obligación de con-
trolar la constitucionalidad de las normas, e interpretarlas de acuerdo con parámetros
constitucionales formalmente objetivos». Esta salvedad quedaría subsanada siempre
que los Jueces y Tribunales apliquen la eficacia horizontal de los derechos fundamen-
tales precisamente porque estos se hallen en sede legislativa, en este caso Constitucional.

La postura de Alfaro no es la más común, como el propio autor reconoce reiterada-
mente a lo largo de su interesante artículo. Esto ocurre, no sólo el mencionado Pérez
Luño, sino también con otros destacados autores tanto españoles como sudamericanos,
caso de PECES-BARBA (*Op. cit.*, p. 19 y 63), BALLARIN IRIBARREN, en *op. cit.*, GARCÍA
TORRES Y JIMÉNEZ-BLANCO (*Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid, 1986), RUIPÉREZ ALAMILLO («Sobre la eficacia de los derechos fundamentales: de la "libertad natural" a la *Drittwirkung der Grundrechte*», Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm. 8, 2004), ANZURES GURRÍA («La eficacia horizontal de los derechos fundamentales», *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 22, enero-junio 2010), GARCÍA MORILLO (*La protección judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994) DE VEGA GARCÍA («La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la *Drittwirkung der Grundrechte*», *Derecho PUPC, Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 46, Lima, 1992; también en «El problema de los derechos fundamentales en el Estado Social» *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 3, Logroño, 1997), MIJANGOS GONZÁLEZ («La Doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007), MENDOZA ESCALANTE («La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares» *Pensamiento Constitucional*, año XI, núm. 11, PUCP, Lima, 2005), LÓPEZ PRINA («La autonomía privada y los derechos fundamentales. Los intereses generales, mandato constitucional», UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007), VIVAS TESÓN (en «La horizontalidad de los derechos fundamentales» cit.), o LÓPEZ Y LÓPEZ (en «Estado social...» cit.), que menciono sólo a título ejemplificativo.

¹⁶ La doctrina sudamericana es muy abundante, probablemente por la mayor preo-
cupación de estos autores sobre la aplicación horizontal de los derechos fundamentales
dentro de sus sociedades respectivas.

Constitución no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social, tal y como evidencia la Ley 62/1978, de Protección de los Derechos Fundamentales, la cual prevé la vía penal –aplicable cualquiera que sea el autor de la vulneración cuando cae dentro de ámbito penal–, la contencioso-administrativa –ampliada por la disposición transitoria segunda núm. 2 de la LOTC– y la civil, no limitada por razón del sujeto autor de la lesión»¹⁷.

Así, y en consonancia con lo anteriormente expuesto, el Tribunal Constitucional ha reconocido en varias ocasiones, que precisamente, «lo que se dilucida realmente en el proceso constitucional de amparo es la licitud o ilicitud constitucional de la actuación del particular que aparece como presunto autor de la violación inicial»¹⁸.

Entendemos, por lo tanto, que la negación de la *Drittwirkung* es, a día de hoy, un esfuerzo inútil, y como tal puede llevarnos a la melancolía. Creemos evidente que la superioridad normativa de la Constitución y su efecto de irradiación en todo el Ordenamiento jurídico, así como los valores superiores de libertad, justicia e igualdad –formal y material– del Estado social y democrático de Derecho hacen inevitable la existencia de algún grado de horizontalidad en los litigios entre individuos¹⁹.

En todo caso, quizás la solución pase por hacer un uso razonable y razonado del concepto de aplicación horizontal de los derechos fundamentales, como plantean buena parte de la doctrina²⁰, hacer un juicio de razonabilidad, en cada caso concreto, sobre el alcance de los derechos constitucionalmente reconocidos como límites de la autonomía privada.

¹⁷ Y añade: «Lo que sucede, de una parte, es que existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos (como los del art. 24) y, de otra, que la sujeción de los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1) se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los Jueces y Tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas. De donde resulta que el recurso de amparo se configura como un remedio subsidiario de protección de los derechos y libertades fundamentales, cuando los poderes políticos han violado tal deber. Esta violación puede producirse respecto de las relaciones entre particulares cuando no cumplen su función de restablecimiento de los mismos, que normalmente corresponde a los Jueces y Tribunales a los que el Ordenamiento encomienda la tutela general de tales libertades y derechos (art. 41.1 de la LOTC)».

¹⁸ ANZURES en *op. cit.*, p. 48. *Vid.* STC 177/1988 de 10 de octubre FJ 1.º y 3.º En el mismo sentido véase la STC 95/1985, de 29 de julio. En sus sentencias 47/1985 y 88/1985 el TC no solo anuló las sentencias de las magistraturas y las del Tribunal Superior sino que además declaró radicalmente nulo un acto jurídico privado (un despido) e impuso al empleador el deber de readmitir al trabajador.

¹⁹ VIVAS TESON, en «La horizontalidad...» cit.

²⁰ Caso de LOPEZ Y LOPEZ en «Estado social...» cit., p. 438; VIVAS TESON en «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11, 1984; MARTÍNEZ TAPIA en *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería, 2000.

III. EL BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA²¹ COMO CONSECUENCIA DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El beneficio de justicia gratuita viene regulado como derecho en el artículo 119 CE²², y es consecuencia del derecho al acceso a la jurisdicción del artículo 24 CE ya que de no reconocerse el derecho a la justicia gratuita, la tutela judicial solo sería efectiva para quienes dispongan de medios suficientes para cubrir los gastos derivados del proceso. En este sentido, cabe afirmar que el beneficio de gratuidad es un derecho instrumental del derecho a la tutela judicial efectiva pues su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia a quienes no disponen de recursos económicos para ello²³. Así, dice la STC 47/1987 que «entre el haz de garantías que integran el derecho a un proceso justo se incluye el derecho a la defensa y a la asistencia letrada que el artículo 24.2 de la Constitución consagra de manera singularizada, con proyección especial hacia el proceso penal, pero también de aplicación a los demás procesos, este derecho tiene por finalidad, al igual que todas las demás garantías que conforman el derecho en el que se integran, el de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas resultado de indefensión, prohibido en el número 1 del mismo precepto constitucional. Tal resultado de indefensión se puede producir cuando se priva a quien adolece de insuficiencia de recursos para litigar, de la posibilidad efectiva de ser asistido por Letrado, denegándole el derecho a que se le nombre de oficio».

²¹ CID CEBRIAN define el beneficio de justicia gratuita como «el derecho constitucional que poseen todos aquellos que acreditan carecer de recursos suficientes para litigar judicialmente en defensa de sus derechos e intereses legítimos» (CID CEBRIAN, Miguel: *La Justicia Gratuita. Realidad y perspectiva de un derecho constitucional*. Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 88). Opone este autor este concepto al de otros autores que han considerado el beneficio de justicia gratuita como un privilegio, no como un derecho, caso de GUASP (*Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1961), quien lo consideraba así, si bien en su defensa diremos que lo entendía como un privilegio procesal, y que lo entendía así en 1961. CID CEBRIAN comenta, acertadamente, que choca considerar privilegiado a quien careciendo de recursos económicos suficientes tiene, además, la denominación de «pobre».

²² Este derecho también se encuentra reconocido en textos internacionales como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6c) o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 47).

²³ PARDO IRANZO, Virginia; PASCUAL SERRATS, Rosa: «Acceso a la Justicia de los más desfavorecidos y Unión Europea» *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 12, julio, 2011, pp. 172-202, Fundación Iuris Tantum, Santa Cruz, Bolivia.

Dicho de otro modo, el acceso a la justicia es tan rigurosamente un derecho que la carencia de medios económicos no es, ni puede ser, un límite para dicho acceso. El derecho al acceso a la justicia, ilimitadamente, supone, necesariamente, la aparición del beneficio de justicia gratuita, y ello es así por exigencia del artículo 14 CE, que establece la igualdad de los españoles ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. El TC ha matizado en su sentencia de 21 de enero de 1986 que la igualdad a la que se refiere este artículo es la igualdad jurídica, es decir, a no soportar un perjuicio desigual e injustificado en razón de los criterios jurídicos por los que se guía la actuación de los poderes públicos, tratándose naturalmente de los criterios normativos contenidos en las normas jurídicas, así como los criterios jurídicos adoptados para la aplicación de las normas, puesto que la igualdad a que se refiere el precepto constitucional lo es ante la ley y ante la aplicación de la ley²⁴. Así pues, la integración de la igualdad y del principio de la tutela judicial efectiva, habrán de integrar el fundamento de la justicia gratuita²⁵.

Sin embargo, la justicia, casi universalmente, no es precisamente gratuita. La Administración de Justicia tiene importantes costes, asumidos por los Presupuestos Generales del Estado y de las Comunidades Autónomas, y que son sufragados por todos los ciudadanos a través de sus impuestos y en mucho menor grado a través de la tasa para el ejercicio de la facultad jurisdiccional. A esto hay que añadir gastos de Letrado y Procurador, sin contar con otros como pueden ser de Notaría, obtención de pruebas, peritos, etc. Obviamente, no es un ejercicio barato, por más que el Estado asuma toda la parte administrativa del sistema.

Para paliar este problema se promulga la Ley 1/1996 de Justicia Gratuita²⁶, que supone para los ciudadanos con menor poder adquisitivo una serie de prestaciones, y que, pese a su exhaustividad, no comprende como auxiliables los gastos por un posible procedimiento arbitral²⁷.

²⁴ PACHECO GUEVARA, Andrés: «Justicia gratuita y tutela judicial efectiva» *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 24, 1995, pp. 13 y 14.

²⁵ PACHECO GUEVARA habla de integración «en obligada armonía al basamento o piedra angular sobre el que habrá de edificarse cualquier sistema de justicia gratuita».

²⁶ Modificada, entre otras, y en lo que respecta al apartado que estamos estudiando, por la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, por la Ley 42/2015 de reforma de la anterior, por la Ley 3/2013 de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita. La última modificación se produce en la Ley 2/2017 de 21 de junio, que no afecta a la cuestión que estamos estudiando.

²⁷ *Vid.* art. 6 de la Ley de Justicia Gratuita.

IV. EL ARBITRAJE COMO INTEGRADOR DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El arbitraje constituye un caso de jurisdicción convencional, claramente contractual, según el cual unos sujetos, de forma voluntaria, deciden someterse a una jurisdicción de carácter privado, en contraste con la jurisdicción ordinaria, pública y tradicional, constituida por Juzgados y Tribunales, compuestos por jueces ordinarios, que van a ejercer su poder jurisdiccional de oficio o a instancia de parte. La STC 176/1996 describe el arbitraje como un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados²⁸. Dos son los aspectos que queremos destacar de la institución del arbitraje:

1. Por un lado, y conforme a la jurisprudencia constitucional, el arbitraje sería un aspecto más del derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto que su naturaleza sería la de «un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada»²⁹. Por lo tanto, bien desde la perspectiva de la *Drittwirkung der Grundrechte*, que extendería los derechos del artículo 24 CE a la jurisdicción convencional, privada y voluntaria que representa el arbitraje, bien por considerar dicha jurisdicción una parte más del sistema jurisdiccional español, el arbitraje sería una expresión genuina del derecho a la tutela judicial efectiva, desde el triple sentido al que hicimos referencia más arriba: el derecho el acceso a la jurisdicción, más el derecho a un fallo (el laudo), más el derecho a ejecutar dicho fallo³⁰: «El sentido de esta doctrina constitucional solo puede ser que los árbitros prestan también tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos en el sentido del art. 24.1 C. E.,

²⁸ Estamos hablando de los arbitrajes sujetos la Ley 60/2003, o lo que es lo mismo, y de conformidad con su artículo 1, los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados de los que España sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje. En virtud del mismo artículo 1, apartado 4, se excluyen los laborales, que además de expresamente excluidos son gratuitos. A lo que nos interesa, tampoco vamos a ocuparnos de los arbitrajes de consumo, ya que en virtud del artículo 41 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, son gratuitos.

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 288/1993, de 4 de octubre. En el mismo sentido la STC 62/91 de 22 de marzo.

³⁰ Bernardo M. CREMADES advierte que «la potestad jurisdiccional del árbitro no tiene, sin embargo, el mismo alcance que la otorgada por la Ley a los Juzgados y Tribunales, ya que frente a la del poder de los jueces de ejecutar lo juzgado, atribuido ex lege, el árbitro necesitará del auxilio judicial, cuando la voluntad de las partes resulte insuficiente para llevar a buen fin el procedimiento, o para cumplir lo decidido en el laudo» («El arbitraje en la doctrina constitucional española» *Lima Arbitration*, núm. 1, 2006, p. 186).

ya que su actividad –desarrollada por el cauce de un procedimiento respetuoso de los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes– conduce a la creación de un título ejecutivo con eficacia similar a la Sentencia judicial, que abre la ejecución judicial forzosa. El que existan vías judiciales para anular el laudo corrobora que los árbitros prestan auténtica tutela jurisdiccional o, si se prefiere, que los árbitros ejercen una función intrínsecamente jurisdiccional –una jurisdicción privada por concesión de la Ley»³¹.

Obviamente, existen amplias diferencias entre árbitros y jueces: por un lado, la potestad jurisdiccional del árbitro no tiene el mismo alcance que la otorgada por la Ley a los Juzgados y Tribunales, ya que frente a la del poder de los jueces de ejecutar lo juzgado, el árbitro necesitará del auxilio judicial, cuando la voluntad de las partes resulte insuficiente para llevar a buen fin el procedimiento, o para cumplir lo decidido en el laudo, como hemos advertido más arriba; por otro lado, tampoco estará legitimado el árbitro para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (artículo 177 del Tratado de la Comunidad Europea, Sentencia de 23 de marzo de 1982, caso Nordsee) ni cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, por estar el planteamiento de estas reservadas a los órganos judiciales (artículo 163 CE)³², pero estas diferencias para nada empecen la idea central que nos ocupa: la institución del arbitraje no solo no es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, sino que forman parte de ella.

2. Por otro lado, el arbitraje tiene un marcado carácter convencional. Ya hemos visto como la STC 176/1996 afirma que la institución se basa en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados. La STS de 3 de marzo de 1989 habla de que la voluntad de las partes es la única fuente del arbitraje, de modo que «la piedra angular del arbitraje es el convenio arbitral; negocio jurídico por el que las partes expresan su voluntad de someter a arbitraje la solución de todas las cuestiones litigiosas, o de algunas de ellas, que se hayan planteado o que puedan plantearse respecto de una determinada relación jurídica. Configurado como un contrato, el convenio arbitral requiere consentimiento y objeto cierto que sea materia arbitral, tal y como reconoce el artículo 1261 del Código civil»³³.

³¹ STC 174/1995.

³² Ampliamente puestas de manifiesto por CREMADES en *op. cit.* pp. 189 y 190.

³³ CREMADES en *op. cit.* p. 188. En el mismo sentido IBOLEON SALMERON, María Belén: *El proceso arbitral: una perspectiva procesal del arbitraje de consumo*, Editorial de la Universidad de Granada, 2012, p. 22; LORCA NAVARRETE, Antonio M.: «La naturaleza jurídica del arbitraje», en http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/naturaleza_arbitraje.php;

Esa voluntariedad tiene un aspecto peculiar: los sujetos que voluntariamente se acogen al arbitraje, voluntariamente se excluyen de la jurisdicción ordinaria (taxativamente art. 7 de la Ley 60/2003 de Arbitraje).

Esta dualidad nos resulta terriblemente interesante: es una institución naturalmente voluntaria, basada en un pacto entre particulares cual es el convenio arbitral, pero cumple una función jurisdiccional de primer orden, de manera que da pleno cumplimiento al mandato constitucional del artículo 24 CE, aunque cierre el paso a la jurisdicción ordinaria³⁴.

Esta particular naturaleza nos plantea un problema: ¿qué ocurre si un sujeto que se ha sometido voluntariamente al arbitraje mediante un convenio arbitral cuyo sometimiento excluye la jurisdicción ordinaria no puede afrontar los costes del proceso de arbitraje³⁵? ¿Qué pasa con el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva?

V. ARBITRAJE Y BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA

Como hemos comentado, el Estado se ocupa en su mayor parte de sufragar la Administración de Justicia en España. No es menos cierto que determinados actores pueden tener que pagar una absurda tasa judicial, pero no es menos cierto que el grueso del coste es asumido por el Estado. Las partes, costas aparte, han de asumir la

³⁴ CREMADES lo resume de esta manera: «Entendiendo el Tribunal Constitucional que no existe una equiparación plena entre los órganos judiciales y los arbitrales, no puede mantenerse que la naturaleza del arbitraje sea puramente jurisdiccional, sino que nuestro Derecho configura el arbitraje como una institución de origen contractual pero con efectos jurisdiccionales».

³⁵ No poder afrontar los gastos del arbitraje no es sinónimo de hallarse en situación de concurso. En primer lugar porque para alcanzar tal situación debe darse una declaración judicial a tal efecto. En segundo lugar porque la Ley 22/2003, en su artículo 2, apartado 1, establece que la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común, y su apartado 2 añade que se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. De hecho el artículo 2.4 de la Ley Concursal establece los presupuestos objetivos para fundamentar la solicitud de concurso por el acreedor, y ninguno de ellos encajaría con la situación de impago de una sola obligación, como sería la de los gastos del arbitraje. Es muy interesante la sentencia del Juzgado de lo Mercantil 1 de Palma de Mallorca de 13 de noviembre de 2013 que delimita la insolvencia concursal al decir que «no es iliquidez transitoria, no se identifica con desbalance, sino con la falta de capacidad de cumplir con las obligaciones exigibles, de forma regular.»

Además, el artículo 52.1 de la citada Ley Concursal señala que «la declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado. Cuando el órgano jurisdiccional entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acordar la suspensión de sus efectos, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales». Por lo tanto, podría darse el caso, de un concursado sometido a convenio arbitral, convenio que va a seguir en vigor, y, por lo tanto, permanece la obligación de pago del arbitraje, porque el pacto arbitral sigue, repetimos, en vigor.

carga de pagar a Letrados, Procuradores, Notarios, peritos varios, para defender sus posiciones.

En el arbitraje es cierta la segunda parte, pero no la primera. El Estado no sufraga las cortes arbitrales, ni en su estructura, ni en su personal ni en su funcionamiento. La Ley de Arbitraje española solo dice sobre los costes del arbitraje en su artículo 21.2: «salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la institución arbitral podrán exigir a las partes las provisiones de fondos que estimen necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del arbitraje. A falta de provisión de fondos por las partes, los árbitros podrán suspender o dar por concluidas las actuaciones arbitrales. Si dentro del plazo alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, los árbitros, antes de acordar la conclusión o suspensión de las actuaciones, lo comunicarán a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que les fijaren»³⁶.

Así pues, las partes deben costear el servicio arbitral que se les brinda, por árbitros o instituciones. El problema estriba en que el servicio que se da a las partes no es un servicio cualquiera: recordemos que los árbitros realizan una labor jurisdiccional, sus decisiones gozan del carácter de cosa juzgada, y por lo tanto cumplen el papel de acceso a la justicia, o lo que es lo mismo, prestan tutela judicial efectiva a los ciudadanos. Pero eso lo hacen a la vez que cierran, radicalmente, el acceso a la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, la norma es clara: el impago de los gastos del arbitraje puede producir la suspensión o incluso la conclusión de las actuaciones arbitrales, salvo que el contrario quiera suplir el impago de la otra parte. O lo que es lo mismo, el impago de los gastos del arbitraje llevarán a la conclusión del procedimiento (salvo que un alma caritativa abone lo impagado), pero sin que esto signifique que se abre la puerta a la jurisdicción ordinaria. Observemos que la norma no solo no dice que la jurisdicción ordinaria se abra a favor del impagador, sino que tampoco dice que el procedimiento arbitral deba llegar al laudo, sino que el procedimiento se suspende o concluye.

³⁶ Valga, en este sentido, de ejemplo, el artículo 15.5 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje que especifica que «si en cualquier momento del arbitraje, las provisiones requeridas no se abonaran íntegramente, la Corte requerirá a la parte deudora para que realice el pago pendiente en el plazo de diez días. Si el pago no se realizase en ese plazo, la Corte lo pondrá en conocimiento de la otra parte con el fin de que, si lo considera oportuno, pueda realizar el pago pendiente en el plazo de diez días. Si ninguna de las partes realizara el pago pendiente, la Corte podrá, discrecionalmente, rehusar la administración del arbitraje o la realización de la actuación a cuyo fin se solicitó la provisión pendiente. En el caso de que rehusara el arbitraje y una vez deducida la cantidad que corresponda por gastos de administración y, en su caso, honorarios de Árbitros, la Corte reembolsará a cada parte la cantidad que hubiera depositado en exceso».

Así pues, la parte incumplidora se ve privada del fallo del árbitro, y además se ve privada de la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria, o dicho de otra manera, esta parte quedaría en la más absoluta de las indefensiones, proscrita por el tan repetidísimo artículo 24 CE.

El problema se hace, si cabe, más complejo si tenemos en cuenta que aunque el artículo 53 de la Constitución determina que «los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos», el artículo 9.1 extiende a los ciudadanos la observancia de la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. En virtud de esa observancia, en virtud de la aplicación a los particulares de esos derechos fundamentales, en virtud de la *Drittwirkung*, ¿cómo debe afectar el derecho a la tutela judicial efectiva a la institución privada del arbitraje? Si existe la eficacia de los derechos fundamentales opera también en el ámbito del Derecho privado, ¿el derecho al acceso a la justicia, que implica el beneficio de justicia gratuita, debería determinar el funcionamiento de las cortes arbitrales, hasta el punto de que sean sujetos particulares (los árbitros, las instituciones arbitrales, las otras partes del proceso) los que deban garantizar a su costa el acceso a la Justicia de la otra parte del proceso arbitral que no puede pagar?

Así planteado el problema, vamos a intentar responderlo.

VI. EL ESTADO COMO GARANTE DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, ¿TAMBIÉN EN EL ARBITRAJE?

Creo que pecaríamos de ilusos (o de algo mucho peor) si pensáramos que los árbitros, las instituciones arbitrales o las partes del proceso arbitral, imbuidos todos ellos por los principios de la *Drittwirkung der Grundrechte*, decidieran sufragar los gastos arbitrales de la parte «venida a menos», *gratis et amore*, para que a esa parte en dificultades económicas viera satisfecha su justa necesidad del acceso a la jurisdicción, tras una lectura coral del artículo 24 CE.

Salvo que a la otra parte procesal le interesara llegar al laudo, la provisión de fondos va a quedar impagada, el arbitraje concluso sin fallo, mientras que la puerta de la jurisdicción ordinaria continuará irremisiblemente cerrada.

La pregunta, llegado a este momento, es si es posible compeler a los sujetos privados que conforman el proceso arbitral (árbitros, instituciones arbitrales, partes) a pagar los gastos de la parte que no puede pagar. El argumento a favor consistiría en llevar a sus últimas

consecuencias la *Drittwirkung*: obligar a los sujetos privados a ser ellos los garantes del derecho a la tutela judicial efectiva.

De admitir tal tesis, nos apoyaríamos en la STC de 23 de julio de 1981, que destaca la consideración del derecho a la tutela judicial como un principio general del ordenamiento jurídico español, lo que implica que todo el ordenamiento jurídico ha de interpretarse de forma no contradictoria con dicho principio, o haríamos nuestras las palabras de Pacheco Guevara que proclaman que «de nada sirve que el ciudadano tenga el derecho a acceder a la justicia si su carencia de medios económicos le priva realmente del ejercicio de aquella facultad, constituyendo verdadera obligación del Estado, tal y como lo concibe el artículo 1 de la CE, la actividad tendente a que nunca esa carencia de riqueza del ciudadano le haga disuadir de su derecho a la jurisdicción»³⁷.

Pero nos tememos que la solución no es tan sencilla, porque recordemos que la STC 18/1984 de 7 de febrero señaló expresamente que los derechos del artículo 24 «solo se tienen frente a los poderes públicos», es decir, que la *Drittwirkung* no es predicable del derecho a la tutela judicial efectiva, de manera que los derechos del artículo 24 CE no se tienen ante sujetos privados, que son las que conforman el proceso arbitral. Por ello no podemos obligar a que esos sujetos privados sufragan los gastos arbitrales que una parte no puede pagar, porque esos sujetos privados no son los llamados a garantizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por mucha aplicación horizontal de los derechos fundamentales que haya.

Más al contrario la obligación de garantizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, esto es, el acceso a la justicia, la obtención del fallo y su ejecución a través de la institución del beneficio de justicia gratuita corresponde necesariamente al Estado, como ha dicho el TC, y son los poderes públicos quienes deben resolver necesariamente el conflicto. No olvidemos, en todo caso, el mandato del artículo 119 CE, a cuyo tenor «la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar»³⁸.

En nuestra opinión, este conflicto puede ser desbloqueado por los poderes públicos de dos maneras. La primera opción es que se produjera una reforma legislativa, que permitiera a la parte con

³⁷ En *op. cit.*, página 16, lógicamente referidas al beneficio de justicia gratuita.

³⁸ El art. 119 CE consagra un derecho de configuración legal, en cuya consecuencia ha de reconocerse libertad al legislador para regular los requisitos de su otorgamiento, pudiendo «modular la gratuidad en función del orden jurisdiccional afectado –penal, laboral, civil, etc.– o incluso del tipo concreto de proceso y, por supuesto, en función de los recursos económicos de los que pueda disponer en cada momento», tal y como establece la STC 16/1994, de 20 de enero.

dificultades económicas (declarada como tal mediante un proceso reglado) desvincularse del convenio arbitral, de manera que, al quedar sin efecto aquel, quede abierta la puerta a la Jurisdicción Ordinaria. Esta opción nos plantea serias dificultades, dada la naturaleza contractual, voluntaria, del arbitraje. Un sujeto ha decidido sujetarse al proceso arbitral, y ha decidido excluirse de la Justicia Ordinaria, y el Estado no puede modificar esa voluntad, ya que de otra manera no estaría respetando el principio de autonomía de la voluntad. En los conflictos horizontales, el juez debe respetar, con sumo cuidado, la libertad individual, evitando una invasión desmesurada del principio de autonomía privada, libertad contractual y, en definitiva, del Derecho Privado, de ahí que la doctrina de la *Drittwirkung* deba reservarse, rigurosamente, a supuestos de grave infracción de derechos fundamentales que, agrediendo, razonablemente, valores esenciales y mínimos de la convivencia social, supongan un atentado al orden público³⁹.

La segunda opción sería la de llevar a cabo otra reforma legislativa que extienda los beneficios de la justicia gratuita al arbitraje, ya en sede de la Ley de Arbitraje, ya por reforma de la Ley de Justicia Gratuita, ya por ambas. Esta opción es plenamente respetuosa con el principio de autonomía de voluntad, y aunque puede que más cara, entendemos que encaja mejor en la institución del arbitraje, y cumpliría el mandato del artículo 119 CE. Al incluir al arbitraje en el artículo 6 de la Ley de Justicia Gratuita, por ejemplo, se abriría la puerta a que sea el Estado quien cubra los gastos del arbitraje de aquel que, dada su situación económica, debiera ser sujeto del beneficio de justicia gratuita para la Justicia Ordinaria. Si se llevara a cabo dicha modificación, conseguimos que se respete la voluntad de los contratantes que han decidido someter sus diferencias a un proceso arbitral, y no a la Jurisdicción Ordinaria, y al garantizarse el acceso a la Justicia arbitral, se respeta escrupulosamente el derecho a la tutela judicial efectiva⁴⁰.

³⁹ VIVAS TESON en *op. cit.*

⁴⁰ Obsérvese que, como menciona la STC de 21 de julio de 2016, el TEDH reiteradamente declara que existe lesión del derecho de acceso a un tribunal de justicia (art. 6.1 CEDH) si la norma reguladora del tributo de que se trate no contempla medidas de flexibilización, incluyendo la exención de su importe, en situaciones de insuficiencia económica del obligado, debiendo implementar el Estado un procedimiento dirigido a resolver este tipo de solicitudes: SSTEDH de 26 julio 2005, asunto Kniat contra Polonia, §§ 43 y 47; 23 de enero de 2007, asunto Kozłowski contra Polonia, §§ 38 y 41; 4 de marzo de 2008, asunto Polejowski contra Polonia, §§ 36 y 38; 21 de julio de 2009, asunto Brezeanu contra Rumanía, § 23; 24 de septiembre de 2009, asunto Agromodel Ood contra Bulgaria, § 47; 9 de diciembre de 2010, asunto Urbanek contra Austria, §§ 63 y 64; 8 de enero de 2013, asunto Dimitrov contra Bulgaria, No. 2), § 26; 16 de diciembre de 2014, asunto Onar contra Turquía, §§ 26 y 27; y la de 27 de enero de 2015, asunto Coskun contra Turquía, §§ 25 y 26. Si bien se trata de sentencias sobre tasas judiciales, *mutatis mutandis*, serían de aplicación al problema que planteamos.

Obvio es que esta solución es discutible. Reiteramos que podría optarse por establecer la subsidiariedad de la Jurisdicción Ordinaria en el caso de la imposibilidad de pago de los gastos arbitrales. Probablemente sea más fácil e incluso puede que más barato para las arcas públicas (detalle este, últimamente, nada baladí), pero en ese caso, aunque es cierto que se garantiza el acceso a la tutela judicial efectiva, también es cierto que no se garantiza el respeto a la autonomía de la voluntad de las parte expresada en el convenio arbitral, y exigencia del artículo 1.1 CE.

VII. ¿PUEDE ESPERAR EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA? ¿PODEMOS ESPERAR SOLUCIONES DE LEGE FERENDA AL PROBLEMA PLANTEADO?

Las soluciones que hemos planteado en el punto anterior, como hemos ya puesto de manifiesto, son de *lege ferenda*, y precisan de la necesaria intervención de los poderes públicos, los cuales no se distinguen, precisamente, por su rapidez de reflejos. No es que en estas fechas no tengamos más que un Gobierno en funciones, y con perspectivas más que inciertas, sino que, aun teniendo un Gobierno y un Parlamento en normal funcionamiento nadie se ha molestado en poner coto a esta situación desde hace años. Recordemos que la grave crisis económica que seguimos padeciendo data de 2007, de manera que el problema podría haberse resuelto legislativamente desde hace mucho tiempo.

El problema es que, como hemos adelantado, el derecho a la tutela judicial efectiva es un auténtico derecho fundamental de carácter autónomo y con contenido propio⁴¹, y la aplicación de un derecho fundamental no puede esperar. No podemos permitir que un ciudadano quede sin acceso a la Justicia por falta de ingresos económicos, que es, ni más ni menos, lo que está ocurriendo en el supuesto de hecho que nos ocupa.

Por lo tanto, tenemos que buscar una solución jurídica que desbloquee la situación, sin tener que esperar a una respuesta de *lege ferenda* que llegará, no llegará, y si llega llegará tarde.

La respuesta al problema debemos buscarla en la nueva doctrina del Tribunal Supremo acerca de la regla *rebus sic stantibus*, que tiene su origen en la STS 333/2014 de 30 de junio (ponente Excmo. Sr. Orduña Moreno), confirmada por la STS 591/2014, de 15 de octubre, recaída en el recurso 2992/2012, con el mismo ponente.

⁴¹ Vid. apartado II.2.

Dichas sentencias, profusamente estudiadas⁴², ponen de manifiesto que:

1. En la actualidad se ha producido un cambio progresivo de la concepción tradicional de la figura referenciada en un marco de aplicación sumamente restrictivo o excepcional, como corresponde a una cláusula «peligrosa» y de admisión «cautelosa», con fundamento derivado del criterio subjetivo de la equidad y con una formulación rígida de sus requisitos de aplicación: «alteración extraordinaria», «desproporción desorbitante» y circunstancias «radicalmente imprevisibles».

2. Por contra, en la línea del necesario ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social del momento y al desenvolvimiento doctrinal consustancial al ámbito jurídico, la valoración del régimen de aplicación de esta figura tiende a una configuración plenamente normalizada, en donde su prudente aplicación deriva de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal del contrato derivada de su imprevisibilidad contractual y de la ruptura de la base económica del contrato, con la consiguiente excesiva onerosidad para la parte contractual afectada.

3. Esta tendencia hacia la aplicación normalizada de esta figura, reconocible ya en las Sentencias de la misma Sala de 17 y 18 de enero de 2013 (números 820 y 822/2012, respectivamente) en las que se reconoce que la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de

⁴² ORELLANA, Liliann: «Rebus sic stantibus: una cláusula no tan peligrosa. Comentaría a la STS núm. 591/2014, de 15 de octubre (RJ 2014, 6129)». *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 21, enero 2016, pp. 276-293; LUNA YERGA, Álvaro y XIOL BARDAJÍ, María: «Rebus sic stantibus: ¿un paso atrás?» *INDRET*, Barcelona, abril 2015; MARTINEZ VELEN-COSO, Luz M.: «Riesgo negocial v. cláusula rebus sic stantibus» *INDRET*, Barcelona, 2011; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La cláusula rebus sic stantibus. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, del pleno de la Sala Primera, de 17 de enero de 2013» *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2014, núm. 60, pp. 199-246; AGÜERA, Sergio y MARTÍN, Adriana: «La cláusula *rebus sic stantibus* y otras fórmulas utilizadas en la jurisprudencia. Especial referencia a los recientes pronunciamientos judiciales» *Aranzadi Digital*, núm. 1/2014; ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, Fernando, LUNA YERGA, Álvaro, XIOL BARDAJÍ, María: «Crisis económica y cláusula rebus sic stantibus: ¿cambio de vía en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo?» *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2013 (junio); RAVENTÓS SOLER, Álvaro, LUNA YERGA, Álvaro, XIOL BARDAJÍ, María: «Cuesta abajo y sin frenos. Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014. Ponente: Javier Orduña Moreno (RJ 2014, 3526)». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2015; CASTIÑEIRA JEREZ, Jorge: «Hacia una nueva configuración de la doctrina rebus sic stantibus: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014», *InDret* 4/2014, pp. 2-28; SALVADOR CODERCH, Pablo: «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos» *InDret* 4/2009; VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía: «El "vaihén" de la moderna jurisprudencia sobre la cláusula *rebus sic stantibus*», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 4, 2015, pp. 65 a 94.

generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias, también responde a la nueva configuración que de esta figura ofrecen los principales textos de armonización y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos (Principios Unidroit, Principios Europeos de la Contratación o el propio Anteproyecto relativo a la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de nuestro Código Civil)⁴³.

En el caso que nos ocupa, deberíamos preguntarnos si una situación de insolvencia de uno de los contratantes derivado de la actual crisis económica, que le impide el pago de los honorarios del arbitraje, constituiría una situación de hecho equiparable a las revisadas en las sentencias mencionadas, y justificaría una aplicación de la regla de *rebus sic stantibus* que obviara la cláusula arbitral, por provocar una excesiva onerosidad a la parte contractual afectada.

Siguiendo la metodología de ambas resoluciones judiciales, se requiere profundizar en la señalada concreción funcional y aplicativa de la figura respecto del marco negocial celebrado, especialmente en relación a las notas de imprevisibilidad del riesgo derivado y de la excesiva onerosidad resultante respecto de la prestación debida.

En primer lugar, la imprevisibilidad del riesgo derivado habría de ser estudiada caso por caso. La STS 591/2014 habla, con independencia de las expectativas de explotación del negocio, «de claro riesgo asignado para la parte arrendataria, el contexto económico del momento de la celebración y puesta en ejecución del contrato (período del 1999 a 2004), de inusitado crecimiento y expansión de la demanda acompañado, además, de una relevante promoción urbanística de la zona de ubicación de los hoteles, formó parte de la base económica del negocio que informó la configuración del contrato de arrendamiento suscrito por las partes en febrero de 1999.» Es decir,

⁴³ Contrasta esta doctrina con la tradicional línea jurisprudencial, que se distinguía (y en gran medida lo sigue haciendo) por las siguientes notas:

- a. La cláusula *rebus sic stantibus* no está legalmente reconocida.
- b. Sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de ser elaborada y admitida por la jurisprudencia.
- c. Es una cláusula peligrosa y, en su caso, debe admitirse con gran cautela e interpretarse de manera restrictiva.
- d. Su admisión requiere como premisas fundamentales el que se den los presupuestos de una alteración extraordinaria de la circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de la celebración; una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de tales prestaciones; y que todo esto ocurra por sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles (la STS de 6 de junio de 1959 añade otro requisito: que se carezca de otro medio para remediar y salvar el perjuicio).
- e. Su empleo solo ha de tener lugar en casos excepcionales, para evitar la alteración del principio de *pacta sunt servanda* y del de seguridad jurídica (BERROCAL LANZAROT, en *op. cit.*, pp. 219 a 221).

realiza un análisis pormenorizado de la casuística concreta que ocupa al Tribunal, lo que nos lleva a pensar que no va a existir una regla general, sino que, como hemos adelantado, habrá de verse caso por caso⁴⁴. El Tribunal Supremo, sin embargo, nos da alguna pista, algún factor de valoración de la imprevisibilidad, como son la profesionalidad o no profesionalidad de los contratantes o la razonabilidad de la previsibilidad del riesgo, claramente conectada con aquélla. Así, las STS de 8 de octubre de 2012 y 17 de enero de 2013 distinguen en cuanto a la previsibilidad del riesgo si el contratante es o no profesional, exigiendo al profesional un plus de previsión, que resulta, en nuestra opinión, de toda lógica⁴⁵.

Vázquez-Pastor⁴⁶, citando a Albaladejo, se inclina por considerar la imprevisibilidad como la «imposibilidad de representarse razonablemente, es decir, según un criterio de lógica común, el acontecimiento como evento verificable entre la celebración y la ejecución del contrato»⁴⁷.

En segundo lugar es necesario analizar, para nuestro supuesto de hecho, si se produce una excesiva onerosidad. En este caso nuestra respuesta ha de ser categóricamente positiva. Es tan onerosa la circunstancia producida respecto del contratante insolvente que se ve privado de un derecho fundamental, como es el de la tutela judicial efectiva. Obviamente no estamos hablando de la onerosidad en el sentido puramente financiero, puesto de manifies-

⁴⁴ La STS 333/2014 dice que reconocida su relevancia como hecho impulsor del cambio o mutación del contexto económico, la aplicación de la cláusula *rebus* no se produce de forma generalizada ni de un modo automático pues como señalan ambas Sentencias, y aquí se ha reiterado, resulta necesario examinar que el cambio operado comporte una significación jurídica digna de atención en los casos planteados, esto es, que la crisis económica constituya en estos casos un presupuesto previo, justificativo del cambio operado no significa que no deba entrarse a valorar su incidencia real en la relación contractual de que se trate; de ahí, que ambas Sentencias destaquen que la crisis económica, como hecho ciertamente notorio, no pueda constituir por ella sola el fundamento de aplicación de la cláusula *rebus*. En tal sentido AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, Cristina de: *La cláusula de «rebus sic stantibus»* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 259, quien afirma: «para juzgar sobre el carácter imprevisible y extraordinario de lo acontecido deberá acudirse a criterios objetivos, valorados en relación al hombre medio y las condiciones de mercado, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato, y la posible existencia o no de un deber de previsión (...) Se trata de valorar el conjunto de la situación, no pudiéndose juzgar en abstracto».

⁴⁵ ORELLANA, en *op. cit.*, considera que la sentencia 591/2014 incurre en contradicción con la jurisprudencia de 2012 y 2013 señaladas, al tratarse de ACCOR, una importante empresa hotelera, y por ende profesional que se supone podría prever el riesgo. Sin embargo, la STS 591/2014 no lo entiende así, y considera imprevisible el riesgo. En el mismo sentido RAVENTÓS SOLER et al., en *op. cit.* Por su parte VAZQUEZ-PASTOR coincide con que el cambio de circunstancias no debe forma parte del alea normal del contrato ni tratarse de un riesgo asumido por los contratantes.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 72.

⁴⁷ ALBADALEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho civil*. Tomo II, Derecho de Obligaciones, Bosch, Barcelona, 2002, p. 468.

to en la STS 591/2014⁴⁸, sino en el sentido estricto de suponer un *onus* excesivo, una excesiva carga para una de las partes, una radical ruptura del equilibrio contractual inter partes, tan notable que supone en la práctica la imposibilidad del acceso a la Justicia para uno de los contratantes. Probablemente la expresión más lúcida del problema es la propuesta por Messineo, cuando por el desequilibrio producido inter partes, «una de ellas quedaría excesivamente beneficiada y la otra excesivamente perjudicada»⁴⁹. En este sentido, Vazquez-Pastor habla de que la prestación haya devenido excesivamente onerosa o que se haya frustrado el fin del negocio jurídico

⁴⁸ «...el presupuesto de la excesiva onerosidad como exponente de la ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones de las partes (principio de conmutabilidad del contrato), particularmente referenciada en aquellos supuestos en donde la actividad económica o de explotación, por el cambio operado de las circunstancias, comporta un resultado reiterado de pérdidas (inviabilidad económica) o la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta de carácter retributivo de la prestación); supuesto del presente caso en donde los hoteles de la cadena Accor (Novotel e Ibi) presentan unas pérdidas acumuladas cercana a los tres millones de euros en el período 2005-2009, frente al balance positivo de la empresa arrendadora, en torno a los 750.000 euros para el mismo período objeto de valoración.» La doctrina gira en torno a esta idea, en torno al contrato oneroso, y su excesiva o no onerosidad, como es el caso de MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M.: *La alteración de las circunstancias contractuales. Un análisis jurisprudencial*, Cívitas, Madrid, 2003, citado por CASTIÑEIRA JEREZ en *op. cit.*, pp. 10 y 11, y en general todos los autores citados. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 6.2.2 de los Principios UNIDROIT:

«Hay "excesiva onerosidad" (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

- (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja».

Por su parte, la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos propone un artículo 1213 con el siguiente contenido:

«Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si esta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquel pedir su resolución.

La pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato».

Un más que interesante análisis de esta propuesta la realiza SALVADOR CODERCH en *op. cit.*

⁴⁹ MESSINEO, F.: *Manual de Derecho civil y comercial*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971. Citado por RODRIGUEZ, Eduardo: «El rebus sic stantibus en la contratación internacional», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 15, enero 2013, p. 50. Este último añade que «de tal forma que exigir el cumplimiento de la obligación tal cual como fue pactada resultaría injusto».

co⁵⁰, y en el supuesto de hecho que nos ocupa, el fin del negocio jurídico que implica la cláusula arbitral no es otro que el de hacer justicia, de acceder a el derecho a la tutela judicial efectiva, que queda efectivamente frustrado.

Por lo tanto, podrían darse perfectamente las circunstancias de imprevisibilidad y excesiva onerosidad que recomendara la inaplicación de la cláusula arbitral, y solo eso, es decir, se produciría un efecto modificativo del contrato, pero rescisorio de la cláusula arbitral, ya que de otra manera el contratante insolvente no podría acceder a la Jurisdicción Ordinaria⁵¹ Podrá esgrimirse la previa renegociación del contrato, pero no tenemos tan claro que pueda negociarse en torno al ejercicio de un derecho fundamental⁵².

Para enfocar adecuadamente la idea que defendemos, convendría quizás recordar a Federico de Castro cuando, al estudiar los límites a la autonomía de la voluntad, hacía referencia en 1982 al orden público, desde el humilde planteamiento de la *práctica imposibilidad de explicar y definir lo que sea el orden público*⁵³. Sin embargo, de Castro nos deja determinadas notas que debemos tener en cuenta para configurar definitivamente la solución que planteamos a nuestro supuesto de hecho.

En efecto, la idea de que el orden público parece que responda al aspecto de atender el buen orden del sistema jurídico, el del debido ajuste entre las normas positivas y extrapositivas en el ordenamiento jurídico. Este enunciado, aplicado a la esfera de los contratos, nos llevaría a entender que, «admitida la regla legal o el principio *pacta sunt servanda*, se entiende ser necesario establecer la superioridad que sobre ella habrán de tener otras leyes, las leyes que interesan al orden público»⁵⁴. En este mismo sentido añade el autor: «De este modo, el concepto de orden público alcanza valor de término técni-

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 73.

⁵¹ En este sentido *vid. Orellana, op. cit.* pp. 287 y 288.

⁵² El artículo 6.2.3 de UNIDROIT, sobre los efectos de la excesiva onerosidad señala que

«(1) En caso de "excesiva onerosidad" (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

(2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.

(3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.

(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de "excesiva onerosidad" (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá:

(a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o

(b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.»

⁵³ *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, Anuario de derecho civil, vol. 35, núm. 4, 1982, pp. 987-1086. Nosotros hemos utilizado la versión que figura en sus Estudios Jurídicos publicados por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1997.

⁵⁴ DE CASTRO en *op cit.*

co. Se emplea entonces para calificar, como de orden público, aquellas normas que alcanzan valor preferente respecto de otras, también imperativas del mismo ordenamiento, por los motivos que ya señalara Savigny»⁵⁵. Su utilidad se le reconoce en los supuestos de colisión, para designar la limitación del precepto de los Códigos que otorga a los contratos valor de ley, la de las leyes que conceden eficacia interna a reglas extranjeras y también la de las normas que establecen la irretroactividad de las leyes.

Es necesario, por lo tanto, y en el caso que nos ocupa, fijar un límite a la autonomía de la voluntad, la misma voluntad que ha presidido el acto del sujeto encaminado a someterse a arbitraje y a excluir voluntariamente la Jurisdicción ordinaria, en cuanto que el cumplimiento de dicho contrato conlleva, necesariamente, la pérdida de un derecho fundamental, cuya aplicación es imperativa, no es soslayable por ninguna vía admitida en Derecho. Por ello, y a la luz de la nueva doctrina del TS sobre la regla de *rebus sic stantibus*, determinadas situaciones de insolvencia aconsejarían dejar sin efecto la cláusula arbitral, abriéndose así la vía a la Jurisdicción ordinaria, ya que de otra forma estaríamos dando apoyo a un resultado jurídico que repugnaría el buen sentido de lo equitativo y decente⁵⁶, cual es el de la pérdida del derecho a la tutela judicial efectiva por una insolvencia.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERA, S. y MARTÍN, A.: «La cláusula *rebus sic stantibus* y otras fórmulas utilizadas en la jurisprudencia. Especial referencia a los recientes pronunciamientos judiciales», *Aranzadi Digital*, núm. 1/2014.
- ALBADALEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil. Tomo II, Derecho de Obligaciones*, Bosch, Barcelona, 2002.
- ALEJANDRE GARCÍA CERESO, F., LUNA YERGA, A., XIOL BARDAJÍ, M.: «Crisis económica y cláusula *rebus sic stantibus*: ¿cambio de vía en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo?» *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2013.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Autonomía privada y derechos fundamentales». *Anuario de derecho civil*, vol. 46, núm. 1, 1993.
- AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, C.: *La cláusula de rebus sic stantibus*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- ANZURES GURRIA, J. J.: «La eficacia horizontal de los derechos fundamentales», *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 22, enero-junio 2010.

⁵⁵ Menciona en este caso D. Federico la idea de que el acto jurídico no puede producir efectos que estén prohibidos por una disposición legal imperativa o que sean contrarios al orden público (nota 165 respecto de nota 152 de su artículo).

⁵⁶ DE CASTRO, *op. cit.*, página 1293. RODRÍGUEZ, E. lo califica de «injusto», *vid. supra* nota 70.

- BALLARIN IRIBARREN, J.: «Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares (La *Drittwirkung* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8.º, núm. 24, 1988.
- BERROCAL LANZAROT, A. I.: «La cláusula rebus sic stantibus. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, del pleno de la Sala Primera, de 17 de enero de 2013», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2014, núm. 60
- CANARIS, K. W.: «Grundrechte und Privatrecht» *AcP* 184 (1984).
- CASTIÑEIRA JEREZ, J.: «Hacia una nueva configuración de la doctrina rebus sic stantibus: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014», *InDret* 4/2014.
- CID CEBRIAN, M.: *La Justicia Gratuita. Realidad y perspectiva de un derecho constitucional*. Aranzadi, Pamplona, 1995.
- CREMADES, B. M.: «El arbitraje en la doctrina constitucional española» *Lima Arbitration*, núm. 1, 2006,
- DE CASTRO BRAVO, F.: *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, Anuario de derecho civil, vol. 35, núm. 4, 1982.
- DE ESTEBAN ALONSO, J. y GONZÁLEZ TREVIJANO SÁNCHEZ, P. J.: *Curso de Derecho Constitucional Español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1992-1994.
- DE VEGA GARCÍA, P.: «La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la *Drittwirkung der Grundrechte*», *Derecho PUPC, Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 46, Lima, 1992.
- «El problema de los derechos fundamentales en el Estado Social» *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 3, Logroño, 1997.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: «Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva», *Poder Judicial*, núm. 5, 1987.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.: «El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley», en *Revista española de Derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, año 1991, núm. 31.
- GARCIA MURILLO, J. G.: *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- GARCÍA TORRES, A. y JIMÉNEZ BLANCO, J.: *Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares. La *Drittwirkung* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid, 1986.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Editorial Civitas, 3.ª edición, Madrid, 2001.
- IBOLEON SALMERON, M. B.: *El proceso arbitral: una perspectiva procesal del arbitraje de consumo*, Editorial de la Universidad de Granada, 2012.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: «Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular», *Quaderni Fiorentini*, 1996.
- LÓPEZ PINA, A.: «La autonomía privada y los derechos fundamentales. Los intereses generales, mandato constitucional», UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007.
- LUNA YERGA, A. y XIOL BARDAJÍ, M.: «Rebus sic stantibus: ¿un paso atrás?», *InDret*, Barcelona, abril 2015.
- MARTINEZ VELENCOSO, L. M.: «Riesgo negocial v. cláusula rebus sic stantibus», *InDret*, Barcelona, 2011.
- MENDOZA ESCALANTE: «La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares» *Pensamiento Constitucional*, año XI, núm. 11, PUCP, Lima, 2005.
- MESSINEO, F.: *Manual de Derecho civil y comercial*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.

- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, J.: «La Doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007.
- ORELLANA, L.: «Rebus sic stantibus: una cláusula no tan peligrosa. Comentario a la STS núm. 591/2014, de 15 de octubre (RJ 2014, 6129)». *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 21, enero 2016.
- ORTEGA GUTIÉRREZ, D.: *Sinopsis del Artículo 24 de la Constitución*, Congreso de los Diputados, diciembre 2003, actualizada por González Escudero, Ángeles, enero 2011, en la página web <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tipo=2>.
- PACHECO GUEVARA, A.: «Justicia gratuita y tutela judicial efectiva» *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 24, 1995.
- PARDO IRANZO, V., PASCUAL SERRATS, R.: «Acceso a la Justicia de los más desfavorecidos y Unión Europea». *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 12, julio, 2011, Fundación Iuris Tantum, Santa Cruz, Bolivia.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: *Los Derechos Fundamentales*, 11.ª edición, Tecnos, Madrid, 2013.
- PEREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*. Undécima edición, revisada y puesta al día por Manuel Carrasco Durán. Marcial Pons, Madrid, 2007.
- RAVENTÓS SOLER, A.; LUNA YERGA, A. y XIOL BARDAJÍ, M.: «Cuesta abajo y sin frenos. Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014. Ponente: Javier Orduña Moreno (RJ 2014, 3526)». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2015.
- RODRÍGUEZ, E.: «El rebus sic stantibus en la contratación internacional». *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 15, enero 2013.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, J.: «Sobre la eficacia de los derechos fundamentales: de la "libertad natural" a la *Drittwirkung der Grundrechte*». *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8, 2004.
- SALVADOR CODERCH, P.: «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos». *InDret* 4/2009.
- SÁNCHEZ AGESTA, L.: «El derecho a la tutela jurisdiccional. Comentario al Libro de Jesús González Pérez». *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, año 1984, núm. 10.
- VIVAS TESON, I.: «La horizontalidad de los derechos fundamentales». *Bienes de la Personalidad. XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. 2008.
- UREÑA CARAZO, B.: «Argumentación jurídica sobre los derechos fundamentales y artículo 24 de la Constitución Española». *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2011.

