

Sección del Tribunal Constitucional**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

1677 *Pleno. Sentencia 1/2018, de 11 de enero de 2018. Cuestión de inconstitucionalidad 2578-2015. Planteada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con respecto al artículo 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro. Principio de exclusividad jurisdiccional y derecho a la tutela judicial efectiva: nulidad del precepto que prescinde de la voluntad de una de las partes en el sometimiento a arbitraje cualquier controversia que pueda suscitarse en relación con el contrato de seguro. Votos particulares.*

ECLI:ES:TC:2018:1

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Juan José González Rivas, Presidente, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narvárez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y doña María Luisa Balaguer Callejón, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad 2578-2015, promovida por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sobre el artículo 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, por posible vulneración de los artículos 24.1 y 117 CE. Han comparecido y formulado alegaciones la Fiscal General del Estado, la Abogacía del Estado y la representación procesal de don Miguel Prats Capdevila. Ha sido Ponente la Magistrada doña Encarnación Roca Trias, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 6 de mayo de 2015 tuvo entrada en este Tribunal el oficio de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, al que se acompaña el Auto de 20 de abril de 2015 por el que se plantea cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (LCS en lo sucesivo).

2. Los antecedentes de la cuestión de inconstitucionalidad son los siguientes:

a) La representación procesal de don Miguel Prats Capdevila interpuso demanda de nombramiento judicial de árbitro para dirimir la contienda existente entre su representado y una entidad aseguradora. En la demanda se alegaba que, al haberse negado la aseguradora a someterse a arbitraje, se solicitaba el nombramiento judicial de árbitro.

b) Admitida a trámite la demanda, las partes fueron citadas a la vista del juicio verbal, que se celebró el 26 de febrero de 2015 con asistencia del demandante pero con ausencia de la demandada, procediéndose con posterioridad al sorteo del árbitro, según lo previsto en la Ley de arbitraje.

c) Por providencia de 5 de marzo de 2015, la Sala acordó dar traslado a las partes y al Ministerio Fiscal, en cumplimiento de lo establecido por el artículo 35.2 de la Ley

Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), por plazo de diez días, para formular alegaciones sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 76 e) LCS, por posible vulneración de los artículos 24.1 y 117 CE. La representación procesal del demandante presentó escrito instando que se justificase en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Por providencia de 19 de marzo de 2015, la Sala realizó una breve síntesis del juicio de relevancia y señaló que se desarrollaría posteriormente en el auto de planteamiento.

d) La representación procesal del demandante presentó escrito solicitando que se acordase no tramitar la cuestión de inconstitucionalidad, afirmando que el precepto es transposición de una directiva comunitaria de obligado cumplimiento y que, por tanto, prevalece respecto a una posible incompatibilidad con una norma nacional. Por su parte, el Ministerio Fiscal no se opuso al planteamiento de la cuestión, por entender cumplidos los requisitos del artículo 35 LOTIC, sin entrar en el fondo. La representación procesal de la sociedad demandada, tras realizar un examen previo del artículo 76 e) LCS, entiende que procede el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad pues, a su juicio, el precepto choca con el artículo 24.1 CE, en tanto no se puede excluir por ley el acceso a la jurisdicción ordinaria al imponer un sistema arbitral imperativo para una de las partes; con el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (artículo 24.2 CE), en tanto que se impone a la parte un árbitro diferente del juez predeterminado por la ley; y con el principio de exclusividad de la jurisdicción ordinaria (artículo 117.3 CE), puesto que el arbitraje supone para una de las partes una renuncia a la jurisdicción estatal, de forma que *ope legis* se atribuye a un árbitro, sin contar con la voluntad de la aseguradora. Solicita asimismo que se la tenga por comparecida y que, una vez resuelta la cuestión, se deniegue la solicitud de nombramiento de árbitro judicial.

3. El órgano judicial dictó Auto de 20 de abril de 2015 por el que se acuerda elevar la presente cuestión de inconstitucionalidad. De su contenido interesa destacar lo siguiente:

a) Tras aludir al cumplimiento de los requisitos formales necesarios para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, se afirma que el artículo 76 e) LCS establece una suerte de arbitraje imperativo para la aseguradora. Dicha norma fue introducida por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, de adaptación al derecho español de la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios sobre seguros distintos de los de vida y de armonización de los seguros privados y que, en la actualidad, ha sido recogido en el artículo 203 de la Directiva 2009/138/CEE. Los Estados miembros preverán, con vistas a la solución de todo litigio que pueda surgir entre la empresa de seguros de defensa jurídica del asegurado y sin perjuicio de cualquier derecho de recurso a una instancia jurisdiccional que eventualmente hubiera previsto el derecho nacional, un procedimiento arbitral u otro procedimiento que ofrezca garantías comparables de objetividad. El contrato de seguro deberá prever el derecho del asegurado recurrir a tales procedimientos.

A juicio de la Sala, la primacía del derecho comunitario alegada por el demandante no es argumento válido para sustentar la adecuación del precepto al ordenamiento jurídico español, porque lo que la legislación comunitaria prescribe es que el procedimiento arbitral se establecerá sin perjuicio de cualquier derecho de recurso a una instancia jurisdiccional y que el contrato debe contemplar esa posibilidad.

Para el órgano judicial, la directiva reseñada responde a lo que el Tribunal Constitucional establece en su STC 352/2006, de 14 de diciembre, recogiendo la doctrina sentada en la STC 174/1995, FJ 3, es decir, a la plausible finalidad de fomentar el arbitraje como medio idóneo para obtener una mayor agilidad a la solución de las controversias. Cuestión distinta ha sido la forma de realizar la transposición de las directivas, imponiendo el arbitraje a una de las partes (aseguradora), siempre que la otra (asegurado) así lo decida, de modo que para la primera se convierta en una suerte de arbitraje obligatorio, lo cual ni lo establecen las directivas ni se deriva de estas, en tanto que su transposición se efectúa sin perjuicio de cualquier derecho que tengan las partes al recurso a una instancia jurisdiccional.

b) Señalado lo anterior, el Auto plantea si el artículo 76 e) LCS puede obligar al asegurador por imperio de la ley a someter a arbitraje las discrepancias con el asegurado. De la lectura del precepto se desprende que el asegurado ostenta la facultad de someter a arbitraje sus discrepancias con el asegurador. Se trata de un derecho del asegurado quien no se encuentra obligado a optar por este procedimiento, quedando en cualquier caso abierta la vía judicial. Sin embargo, el asegurador no ostenta esta facultad, que se concede exclusivamente al asegurado en virtud de su situación contractual por ser éste la parte contratante más digna de protección. La norma contenida en el artículo 61 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de seguros privados, en relación con el artículo 76 e) LCS permite imponer el arbitraje a la aseguradora por la sola y exclusiva voluntad unilateral del asegurado. Ello, a juicio de la Sala, es contrario a lo dispuesto en los artículos 24.1 CE y 117. 3 CE y a la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, y 352/2006, de 14 de diciembre), pues comporta un impedimento para el acceso a la tutela judicial efectiva del asegurador en cuanto prescinde de la autonomía de la voluntad, que constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial, sin que el dato de que los laudos puedan ser revisados judicialmente sea óbice para ello.

La vulneración del artículo 24.1 CE se fundamenta en que la norma cuestionada establece un sistema imperativo para una sola parte en una relación jurídica bilateral, lo que equivale a admitir que una de las partes *ope legis* pueda imponer a la otra el cauce arbitral, admitiendo *ex lege* la exclusión del derecho a la tutela judicial efectiva para una parte si así lo decide la otra. Y como se señala en la STC 352/2006, haciendo referencia a la STC 174/1995, si se tuviera que exigir un pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la tutela judicial, se estaría supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una parte al consentimiento de la otra.

Por otro lado, en cuanto supone una renuncia a la jurisdicción que conlleva la exclusión de la vía judicial el arbitraje implica que si una norma, como el artículo 76 e) LCS, permite que en una relación jurídica bilateral una de las partes pueda imponer al otro el cauce arbitral, puede atribuirse *ope legis* la potestad jurisdiccional a un árbitro, dejando al margen de su ejercicio a los jueces y tribunales determinados por las leyes, con infracción del artículo 117.3 CE.

4. Por providencia de 7 de julio de 2015, la Sección Primera acordó, a los efectos que determina el artículo 37.1 LOTC, oír a la Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegue lo que considere conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, en relación con el cumplimiento de los requisitos procesales y por si fuese notoriamente infundada.

5. La Fiscal General del Estado cumplimentó el trámite conferido por escrito registrado el 28 de septiembre de 2015.

Señala la Fiscal que el precepto se incardina en el título II LCS, que contiene la regulación de los distintos «seguros contra daños», y concretamente en la sección novena, que se refiere al «seguro de defensa jurídica». El artículo cuestionado regula un derecho que le corresponde en exclusiva al asegurado, y es la posibilidad de acudir, cuando surjan discrepancias en la interpretación del contrato, a la vía arbitral. Ello supone una intencionalidad del legislador obvia, cual es la de favorecer la vía de composición extrajudicial, con las evidentes ventajas de desahogo de la función judicial. Y también parece evidente que le otorga esta posibilidad sólo a una de las partes, el asegurado, por entender que en esta relación no hay una equiparación de fuerzas entre las partes, siendo preeminente la del asegurador, que pretende compensar el legislador reforzando al asegurado dotándole de esta posibilidad. Lo que hay que examinar es si dichas finalidades son suficientes para limitar el derecho de las partes, en este caso de las aseguradoras, de acudir a los tribunales recabando la tutela judicial.

Con respecto a los debidos juicios de aplicabilidad y relevancia, la Fiscal General estima cumplido el primero y respecto al segundo se pregunta si no existe alguna otra

interpretación de la norma distinta. Concretamente si la interpretación de la norma que realiza el órgano judicial era la única posible o había alguna otra, que por ser conforme con la Constitución, facilitara el mantenimiento de la integridad normativa, sin necesidad de plantearse la posible desaparición del precepto del ordenamiento jurídico. Dicho en términos más rotundos, si frente a la conclusión del Auto de planteamiento de la cuestión de que el artículo 76 e) LCS establece un sistema de arbitraje obligatorio para una de las partes, cabe otra interpretación del precepto que salvaguarde el carácter bilateral del arbitraje. Para responder a esa duda entiende necesario referirse a las razones que llevaron al legislador a regular estos preceptos, que conforman la sección novena del título II LCS, [arts. 76 a)-76 g)]. Este articulado se introdujo por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, de adaptación al derecho español de la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos de los de la vida, y de armonización de los seguros privados, que antes estaba recogido en el artículo 6 de la Directiva 87/344/CEE y ahora se mantiene en su integridad, en el artículo 203 de la Directiva 2009/138/CEE. En esta norma europea no se establece un sistema de arbitraje obligatorio ni obliga a los Estados a implantar, en beneficio de los asegurados, un sistema unilateral de sometimiento arbitral. Por el contrario, el artículo 203 de la Directiva puede sustentar la interpretación del artículo 76 e) LCS en el sentido de que en el mismo no se reconoce esa facultad exclusiva de una de las partes. Solución esta mucho más acorde con la doctrina sentada por este Tribunal Constitucional respecto al requisito inexcusable para la validez del procedimiento arbitral, de que no suponga privar a ninguna de las partes de su legítimo derecho a la tutela jurisdiccional (STC 174/1995, FJ 3).

Entiende la Fiscal General que sería plausible asumir esta interpretación del artículo cuestionado, y entender así que la cuestión podría resultar infundada, si su contenido no hubiera tenido la génesis que tuvo, es decir, que su nacimiento no se hubiera debido a la transposición de una Directiva, la del año 1988, que sustancialmente se reproduce en el artículo 203 de la Directiva de 2003, porque la dicción literal es tan rotunda cuando dice que «el asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje», que, sin duda, ha sido interpretado por los tribunales competentes como generadora de un derecho unilateral del asegurado, es decir como un excepcional supuesto de arbitraje unilateral.

Si la interpretación que debe prevalecer, es la de la existencia de un derecho unilateral del asegurado que le permite llevar forzosamente a la aseguradora a la vía arbitral, el cuestionamiento que hace el auto respecto al derecho subjetivo reconocido en el artículo 24.1 CE se vería cuestionado, lo mismo que la potestad exclusiva de los órganos judiciales que recoge el artículo 117 CE.

En este sentido, recuerda que la doctrina constitucional concibe el derecho a la tutela judicial como derecho de los particulares a acceder a la prestación de la función jurisdiccional, pero que como tal derecho es susceptible de límites o de imposición de requisitos legales para su ejercicio, aunque estos deben responder no al capricho del legislador, sino a una causa justificada (STC 185/1987, FJ 2). La posibilidad de sustituir la solución judicial por el arbitraje, e incluso fomentarse por el legislador esa posibilidad, no puede considerarse en absoluto una arbitrariedad o un mero capricho. La solución consensuada, tiene notables ventajas valorables socialmente, primero porque es una solución pactada y no impuesta; segundo porque permite desahogar el ingente volumen de trabajo que asola los siempre insuficientes órganos judiciales; tercero porque permite una simplificación del procedimiento y por último, en el caso que nos ocupa, permite, al favorecer la posición de la parte contractual más débil, un reequilibrio de fuerzas. Es decir que el fomento del arbitraje como forma de solución de conflictos, aunque suponga una «renuncia» al ejercicio de la jurisdicción, es un medio idóneo y desde luego justificado (STC 174/1995, de 23 de noviembre).

La única limitación establecida por el Tribunal Constitucional al instrumento arbitral como sustitutivo de la jurisdicción se sitúa en su propia naturaleza de solución pactada entre partes, de tal manera que es esencial para el Alto Tribunal la autonomía de la voluntad, que entendida negativamente supone que a una de ellas no se le pueda obligar a acudir a esta solución, por lo que tiene de renuncia a un derecho fundamental. Por muy

loables que sean las razones para fomentar el arbitraje, estas encontrarán su límite en el propio ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial. Favorecer el uso de las soluciones componedoras entre partes sí es una finalidad loable, pero siempre que tal favorecimiento no llegue a la posibilidad de que se pueda prescindir de la voluntad de uno de los contratantes, por su evidente negación del acceso a la vía jurisdiccional, sin que sea suficiente la posibilidad que regula la ley arbitral de impugnar el laudo arbitral pues el control que se permite es meramente externo, afectante a sus requisitos formales, pero no al fondo.

En conclusión, la Fiscal General del Estado entiende que si el artículo 76 e) LCS regula alguna posibilidad de que se pueda obligar a una de las partes, a la aseguradora renunciar a la vía judicial, acudiendo a la resolución arbitral, se estaría vulnerando el artículo 24.1 CE, por lo que solicita la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad.

6. El Pleno del Tribunal, a propuesta de la Sección Primera, acordó admitir a trámite la cuestión mediante providencia de 20 de octubre de 2015; reservar para sí su conocimiento; dar traslado de las actuaciones recibidas al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministro de Justicia, y a la Fiscal General del Estado, al objeto de que, en el improrrogable plazo de 15 días, pudieran personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimasen convenientes; comunicar la presente resolución a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, a fin de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 LOTC, permanezca suspendido el proceso hasta que este Tribunal resuelva efectivamente la cuestión; y publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado».

7. Por escrito registrado el 28 de octubre de 2015, el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó a este Tribunal la decisión de la Mesa de que se diera por personada a esa Cámara y por ofrecida su colaboración a los efectos del artículo 88.1 LOTC. Lo mismo hizo el Presidente del Senado mediante escrito registrado el 3 de noviembre de 2015.

8. Mediante escrito presentado el 12 de noviembre de 2014 la representación procesal de don Miquel Prats Capdevila solicitó que se le tuviera por comparecida en la representación que acredita y personada en forma, entendiéndose con ella las sucesivas diligencias a que hubiere lugar en derecho. Por diligencia de ordenación de 24 de noviembre de 2015 se acordó unir a las presentes actuaciones el escrito presentado por el Letrado de don Miquel Prats Capdevila, y concederle un plazo de quince días para que formule las alegaciones que estime convenientes.

9. El Abogado del Estado formuló sus alegaciones por escrito registrado el día 17 de noviembre de 2015, interesando la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad.

Alude en primer lugar al objeto de la cuestión de inconstitucionalidad señalando que el precepto transpone una directiva comunitaria, e indicando que el órgano judicial considera que el precepto cuestionado, al imponer un arbitraje obligatorio para una de las partes en la clase de contrato de seguro al que se refiere la norma (de defensa jurídica), puede contravenir tanto el artículo 24 CE como el artículo 117.3 CE.

Señalado lo anterior indica que el derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE es un derecho de configuración legal, en el que puede incidir el legislador comunitario europeo en aquellas materias en las que tiene atribuida competencia. Si se parte de que la institución del arbitraje de derecho privado es adecuada a la Constitución, y a la vez que por la pertenencia de España a la Unión Europea, los órganos de ésta puedan ejercer competencias, como dice el artículo 93 CE, derivadas de la Constitución, no puede al mismo tiempo sostenerse que el artículo 76 e) LCS, si es, como es, transposición fiel de un precepto de una directiva comunitaria, resulte contrario a la Constitución. Si así se entendiera, el argumento encerraría, como efectivamente supone la tesis que fundamenta el Auto de planteamiento, una contradicción, ya que ello conduciría inexorablemente al incumplimiento por parte de España como Estado miembro de una norma específica de

Derecho comunitario, aun efectuada correctamente en su momento, la transposición de la directiva correspondiente.

Siendo también pacífico en la doctrina constitucional que el derecho reconocido en el artículo 24 CE es un derecho de configuración legal, y teniendo además atribuidas el órgano comunitario correspondiente –la Comisión Europea o el Consejo– potestades de supranacionalidad, nos encontramos con que es ahora precisamente el legislador europeo el que, sobre la base de las competencias derivadas de la Constitución que el artículo 93 le otorga, viene a configurar de una determinada manera el acceso mismo a la jurisdicción y el desarrollo del derecho fundamental garantizado, en la medida en que tampoco queda afectado el «contenido esencial», como impone el artículo 53 CE a toda medida legislativa reguladora de un derecho fundamental.

Argumenta también el Abogado del Estado que el arbitraje es una institución adecuada a los valores constitucionales. Señala al respecto que la doctrina constitucional ha sentado el criterio de la necesidad de la voluntariedad del arbitraje por ambas partes en el contrato, al menos como requisito general, para poder considerar el arbitraje en sí desde una perspectiva constitucional como una alternativa válida a la jurisdicción de los jueces y tribunales. El arbitraje es un medio para la resolución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, que supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. Pero que a la vez no deja de ser un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que a través de la jurisdicción civil. Con lo cual, no repugna a la conciencia jurídica que en determinados casos en los que el legislador lo entienda justificado (por razón, en el caso, de protección de los consumidores, de mayor fuerza en el mercado a priori de una de las partes, que el derecho trata de atemperar), y otorgue a la parte más débil la facultad contractual de imponer la solución del conflicto surgido mediante la fórmula del arbitraje.

El arbitraje se considera una modalidad de solución de conflictos, de atribución a un órgano imparcial de la facultad de decidir sobre una determinada cuestión, sujeta a la disponibilidad de los particulares. Se trata de un sistema alternativo a la jurisdicción. Y al serlo, hace que resulte asumible el hecho de que una norma dictada por un poder derivado, pero con competencia para ello y dentro de un ámbito de actuación de dicha competencia atribuida en el caso al legislador europeo comunitario, pueda incluso imponerlo como solución de determinados conflictos.

La afectación o la modulación implica aquí el dotar a la eventualidad del arbitraje de un carácter obligatorio para una de las partes en el contrato (el asegurador) de avenirse al arbitraje, si la otra (el asegurado) ejerce su derecho, que ha de estar previsto expresamente en el contrato. Pero esta configuración legal del derecho a la tutela judicial la está realizando o verificando el legislador comunitario, aunque sea a través del legislador interno, en cumplimiento éste de la obligación inexcusable a su cargo, derivada de la Constitución, de adaptar la legislación nacional sectorial a la comunitaria. Para el Abogado del Estado no hay contradicción con valores constitucionales o aspectos nucleares del derecho fundamental en el caso de la regulación del arbitraje en un área conceptual comprendida en el ámbito de competencias atribuido a la Unión. No se produce, por tanto, contravención con lo dispuesto en el artículo 24. 1 y 2 CE, en la medida en que se trata de la afectación a un derecho de configuración legal, y concurre además la atribución de competencias, vía artículo 93 CE, al legislador europeo en la materia.

Menos aún cabría entender que incurre en inconstitucionalidad el artículo cuestionado en relación con el artículo 117.3 CE, ya que este no garantiza un derecho subjetivo, y no se opone a la existencia del sistema de resolución extrajudicial de conflictos en Derecho, en que el arbitraje consiste, sino que se trata más bien de un precepto que lo que hace es definir o situar la función institucional de los órganos jurisdiccionales, del Poder Judicial en definitiva, dentro del orden diseñado por la Constitución. Pretender que la norma vulnera el artículo 117.3 CE es volver a plantear una cuestión o debate doctrinal ya resuelto por la jurisprudencia constitucional sobre la compatibilidad o no del arbitraje de derecho privado con los postulados de la Constitución (SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, y 352/2006, de 14 de diciembre).

Finalmente, el Abogado del Estado defiende la aplicación al caso del principio de primacía del derecho europeo en las materias que han sido objeto de atribución. El artículo 76 e) LCS, transpone correctamente el artículo 203 de la Directiva 2009/138/CEE, cuyo último inciso establece que «el contrato de seguro deberá prever [deberá mencionar, decía el artículo 6 de la Directiva 87/344/CEE] el derecho del asegurado a recurrir a tales procedimientos» (es decir, al procedimiento arbitral u otro que ofrezca garantías comparables de objetividad, como el mismo tenor del artículo acababa de mencionar en el párrafo anterior al inciso final en cuestión). La norma comunitaria impone, por lo tanto, esa obligación al legislador interno, pues esa obligatoriedad o reconocimiento de ese derecho a favor del asegurado sólo puede establecerse si se incorpora, con ese sentido compulsorio, a la legislación interna, con rango de ley, que es lo que en su momento llevó a cabo el artículo 6 de la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, al modificar el artículo 76 e) LCS.

Por consiguiente, debe entenderse que la Directiva se halla correctamente transpuesta y si se anulase el correspondiente precepto de derecho interno, España incumpliría, como Estado miembro, la norma comunitaria europea, con las consiguientes consecuencias en el seno de la propia Unión, y desencadenamiento de los mecanismos de reacción, en el plano institucional, por parte de la Comisión Europea.

Concluye la Abogacía del Estado recordando que las competencias de atribución del legislador europeo pueden abarcar aspectos relativos al derecho de los seguros, de tal forma que el efecto de primacía del Derecho comunitario se hace patente en el caso concreto, debiendo ser por ello reconocida dicha primacía, cuya eficacia se produce en el Derecho interno español, en lo que respecta al supuesto concreto que nos ocupa, a través del artículo 76 e) LCS. Por todo ello, entiende que la cuestión de inconstitucionalidad debe ser desestimada.

10. Mediante escrito presentado en el registro general de este Tribunal el 25 de noviembre de 2015, la Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones ante este Tribunal interesando la estimación de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Parte el Ministerio Fiscal de que el contenido del derecho de los ciudadanos de acceder a los órganos judiciales ha sido objeto de desarrollo continuo por parte del Tribunal Constitucional, que lo concibe como un derecho de carácter general, que compete a todo aquel que tenga un interés en impetrar la actuación judicial para la resolución de un conflicto, lo que no supone que dicho derecho, como todos, carezca de limitaciones. La doctrina constitucional permite limitaciones legales, es obvio que la actuación judicial tiene que estar reglada, por lo que el acceso a la misma puede supeditarse al cumplimiento de determinados requisitos de forma. No obstante, esas trabas procesales no pueden ser arbitrarias o caprichosas y deben responder al cumplimiento de alguna finalidad constitucionalmente válida. Dicho derecho es compatible con un sistema de composición pactada o arbitraje. La posibilidad de sustraer el conocimiento de un asunto a los tribunales y sustituirlos por la vía arbitral es perfectamente posible cuando se hace por disposición legal, y respondiendo a la obtención de finalidades positivas, como pueden ser la de descargar a los órganos judiciales; la de ofertar un proceso mucho más sencillo en su desarrollo; también la de que ese procedimiento sea económicamente más accesible, e incluso la de reequilibrar las posiciones de las partes cuando de contratos de adhesión se trate.

La Fiscal General del Estado indica que esta posibilidad de formas de composición alternativas exige como requisito sine qua non la voluntad concurrente de las partes, de todas las partes, ya que esa voluntad se configura como la esencia del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de acceder a los tribunales, y por ende el derecho a renunciar al acceso (STC 174/1995). En el caso que nos ocupa, el controvertido artículo 76 e) LCS, establece de manera nítida la posibilidad de que una de las partes, siempre el asegurado, pueda obligar a la otra, siempre la aseguradora, a acudir a la resolución arbitral. El Ministerio público se plantea si esa imposición de la vía arbitral estaría justificada para conseguir equilibrar las fuerzas entre las dos partes contratantes. La respuesta viene dada por la propia doctrina sentada por el Tribunal, la cual, a pesar de conceptuar la solución arbitral como deseable en muchos supuestos, determina que siempre tendrá un obstáculo en el derecho a la tutela judicial efectiva, en la autonomía de voluntad de las partes. No

puede desconocerse el derecho fundamental alegado, aunque la posibilidad de acudir al árbitro se establezca con evidentes razones de mejora social y de mejora práctica.

Para la Fiscalía no se violaría el derecho reconocido en el artículo 24 CE si la renuncia a la intervención judicial no fuera total, es decir, si se sometiera la decisión arbitral al posterior control judicial, porque obvio es decir que en este caso lo único que habría es un procedimiento mixto de decisión, en primera instancia contractual y en segunda judicial. Sin embargo, en la presente cuestión el artículo 76 e) LCS tan sólo permite acudir al juez para que designe árbitros, pero no le autoriza a que en caso de que el arbitraje sea rechazado por una de las partes, pueda imponerlo, sin haber sido resuelta previamente su interpretación por el Tribunal Constitucional.

Concluye que el derecho a la tutela judicial de la aseguradora no puede ser desconocido y, en consecuencia, la aplicación del artículo 76 e) LCS cercena la autonomía de la voluntad de una de las partes, privándole de su derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales para la solución de un conflicto que le afecta, por lo que dicho precepto incurre en violación del artículo 24 CE.

11. El 18 de diciembre de 2015, la representación procesal de don Miquel Prats Capdevila presentó sus alegaciones interesando la desestimación de la cuestión.

El artículo 76 e) LCS, que no deja de ser el reflejo de una transposición de una directiva comunitaria, no hace otra cosa que prever, en beneficio de la parte más débil en el contrato de seguro, un sistema alternativo a la jurisdicción. El arbitraje que está regulado por ley nacional.

En todo caso la norma comunitaria recogida en el artículo 203 de la Directiva 2009/138/CEE impone la articulación de procedimientos análogos al arbitraje de manera imperativa e impone la necesidad de que el contrato de seguro prevea el derecho del asegurado a recurrir a tales procedimientos. De ahí que el legislador nacional haya utilizado el término «tendrá» en el artículo cuestionado, cumplimentando así el mandato comunitario.

La controversia se plantea entre normas comunitarias y nacionales, aunque en este caso se discute si un precepto nacional que incorpora una directiva, ha de resolverse a favor del derecho comunitario, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión.

12. Mediante providencia de 10 de enero de 2018, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 11 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña plantea cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (en adelante, LCS) por posible vulneración de los artículos 24.1 y 117 CE.

El precepto cuestionado dispone lo siguiente:

«El asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro.

La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada.»

El precepto se integra en la sección novena del título II LCS [arts. 76 a)-76 g)], introducido por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, para adaptar el Derecho español a la Directiva 1988/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados. Como consecuencia de la transposición de la norma comunitaria, se incorporaron a la Ley de contrato de seguro (LCS) los mencionados artículos 76 a) a 76 g), relativos al seguro de defensa jurídica. De acuerdo con el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, la norma objeto de este proceso sería transposición de la que antes estaba recogida en el artículo 6 de la Directiva 87/344/CEE, transpuesta también en la citada Ley 21/1990, y que ahora se mantiene en el artículo 203 de la Directiva 2009/138/CEE, en los siguientes términos:

«Artículo 203. Arbitraje.

Los Estados miembros preverán, con vistas a la solución de todo litigio que pueda surgir entre la empresa de seguros de defensa jurídica del asegurado y sin perjuicio de cualquier derecho de recurso a una instancia jurisdiccional que eventualmente hubiera previsto el derecho nacional, un procedimiento arbitral u otro procedimiento que ofrezca garantías comparables de objetividad. El contrato de seguro deberá prever el derecho del asegurado recurrir a tales procedimientos.»

A juicio del órgano judicial, el artículo 76 e) LCS vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del asegurador, en relación con el principio de exclusividad jurisdiccional establecido por el artículo 117.3 CE. Según el Auto de planteamiento, el precepto establece un sistema imperativo para una sola parte en una relación jurídica bilateral, lo que equivale a admitir que por imperio de la ley se podrá imponer a la otra el cauce arbitral, con exclusión del derecho a someter la cuestión a la jurisdicción ordinaria. De este modo, se estaría supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra, ya que ésta tendría que contar con el consentimiento de la contraria para ejercer ante el órgano judicial una pretensión. Ello quebrantaría la esencia misma de la tutela judicial efectiva. Se afirma, asimismo, que es contraria al artículo 117.3 CE la atribución a una de las partes de la facultad unilateral de someter la cuestión litigiosa a arbitraje, en cuanto supone una renuncia a la jurisdicción y conlleva la exclusión de la vía judicial.

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

La representación procesal de don Miquel Prats Capdevila solicita también un fallo desestimatorio de la cuestión. Alega que la norma transpone adecuadamente una directiva comunitaria y debe regir el principio de primacía del Derecho de la Unión respecto al de los Estados miembros.

2. El fundamento de la duda de constitucionalidad planteada estriba en que el legislador español, al trasponer la Directiva 87/344/CEE, ha dispuesto en el artículo 76 e) LCS una sumisión a arbitraje de los conflictos surgidos entre asegurador y asegurado en el seguro de defensa jurídica, siempre que tal sea la voluntad expresada por el asegurado. Ello significa que de ejercitar el asegurado su derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador respecto al mencionado contrato de defensa jurídica, éste debe someterse a tal mecanismo de resolución de conflictos, sin que sea necesaria su concurrente voluntad de dirimir la disputa a través de esta vía alternativa a la judicial. Por el contrario, el precepto no posee naturaleza imperativa para el asegurado, para quien el arbitraje tan solo es una vía alternativa a la jurisdicción, siendo para él facultativo optar por dicha vía, sin necesidad de consentimiento de la parte aseguradora. De ello se derivaría la infracción del artículo 24.1 CE en relación con el artículo 117.3 CE.

Por tanto, la cuestión a dilucidar por este Tribunal es, exclusivamente, si la regulación del arbitraje que deriva del precepto cuestionado es conforme con los preceptos constitucionales con los que el órgano judicial lo ha contrastado, dejando aparte cualquier cuestión relacionada con el enjuiciamiento del Derecho de la Unión, en este caso, la Directiva que se traspone mediante la norma objeto del presente proceso.

3. Dados los términos en los que la duda se plantea, es oportuno recordar la doctrina de este Tribunal respecto al arbitraje como medio de solución extrajudicial de conflictos, así como sobre el denominado «arbitraje obligatorio», en relación con el artículo 24 CE.

El derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el artículo 24 CE se refiere a una potestad del Estado atribuida al poder judicial, consistente en la prestación de la actividad jurisdiccional por jueces y tribunales. Esta actividad prestacional permite al legislador, como se ha declarado reiteradamente, su configuración y la determinación de los requisitos para acceder a ella, pues «al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y efectividad están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, haya establecido el legislador, que no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial garantizada constitucionalmente» (STC 17/2008, de 31 de enero, FJ 3, por todas).

Ha de partirse de la idea de que la configuración del arbitraje como vía extrajudicial de resolución de las controversias existentes entre las partes es un «equivalente jurisdiccional», dado que las partes obtienen los mismos resultados que accediendo a la jurisdicción civil, es decir, una decisión al conflicto con efectos de cosa juzgada (por todas, SSTC 15/1987, de 6 de febrero, y 62/1991, de 22 de marzo). La exclusividad jurisdiccional a que alude el artículo 117.3 CE no afecta a la validez constitucional del arbitraje, ni vulnera el artículo 24 CE. En relación con el sometimiento de controversias al arbitraje, este Tribunal ha reiterado que, si bien el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio. A esos efectos, se ha incidido en que dicha renuncia debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca y si bien, por la protección que se debe dispensar a la buena fe, se ha declarado que la renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, no es lícito deducirla de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar (por todas, STC 65/2009, de 9 de marzo, FJ 4). Esta circunstancia es lo que ha determinado que se haya considerado contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) la imposición obligatoria e imperativa del sometimiento a arbitraje (por todas, STC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3).

Hay que subrayar, como se ha hecho en anteriores ocasiones, que el arbitraje en cuanto equivalente jurisdiccional, se sustenta, en la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral. Es «un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados (art. 1.1 CE)» (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1). Dicha Sentencia, en su fundamento jurídico 4, resalta la importancia de la nota de voluntariedad en el arbitraje «lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía, ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción —pero no su ‘equivalente jurisdiccional’ arbitral, SSTC 15/1989, 62/1991 y 174/1995— legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del Laudo Arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. Pues como ha declarado reiteradamente este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SSTC 99/1985, 50/1990 y 149/1995, entre otras)».

Ello quiere decir que la falta de la necesaria concurrencia de la voluntad de ambas partes litigantes para someterse a este mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos y su imposición a una de ellas, en principio, no se compece bien con el básico aspecto contractual del arbitraje y con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que garantiza el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales (art. 24.1 CE). La razón estriba en que ha de entenderse que en el mecanismo arbitral, la renuncia al ejercicio del

derecho fundamental proviene de la legítima autonomía de la voluntad de las partes, que, libre y voluntariamente, se someten a la decisión de un tercero ajeno a los tribunales de justicia para resolver su conflicto, y ello, correctamente entendido, no implica una renuncia general al derecho fundamental del artículo 24 CE, sino a su ejercicio en un determinado momento, no quebrantándose principio constitucional alguno (SSTC 174/1995, 75/1996 y 176/1996). Precisamente por su naturaleza alternativa a la jurisdicción ordinaria, la STC 174/1995 afirmó que el artículo 38.2, párrafo primero, de la Ley de ordenación de los transportes terrestres, que imponía un arbitraje obligatorio e imperativo, excluyente del acceso la jurisdicción, resultaba contrario al derecho a la tutela judicial efectiva. Allí se afirmó además que «[n]o se opone a esta conclusión el posible control final por los órganos judiciales, a que aluden el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal con referencia al recurso de nulidad del laudo previsto en el art. 45 de la Ley de Arbitraje. La objeción tendría consistencia si dicho control judicial no estuviera limitado -como lo está- a su aspecto meramente externo y no de fondo sobre la cuestión sometida al arbitraje; pero al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse éstas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo (STC 43/1988 y Sentencias del Tribunal Supremo que en ella se citan) que, como tal, resulta insuficiente para entender que el control judicial así concebido cubre el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 C.E.»

Por el contrario, como recuerda la STC 119/2014, de 16 de julio, FJ 5 B), «de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, el arbitraje obligatorio no resulta conforme al derecho a la tutela judicial efectiva cuando el control judicial sobre el laudo previsto en la ley se limita a las garantías formales o aspectos meramente externos, sin alcanzar al fondo del asunto sometido a la decisión arbitral (SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3; y 75/1996, de 30 de abril, FJ 2). Hemos de entender, en cambio, que el arbitraje obligatorio sí resulta compatible con el derecho reconocido en el art. 24.1 CE cuando el control judicial a realizar por los tribunales ordinarios no se restringe a un juicio externo, sino que alcanza también a aspectos de fondo de la cuestión sobre la que versa la decisión». Decisión que se reitera en la STC 8/2015, de 22 de enero, FJ 5 c).

De este modo un arbitraje obligatorio para una de las partes en la controversia resultaría plenamente compatible con el artículo 24.1 CE si «en ningún caso excluye el ulterior conocimiento jurisdiccional de la cuestión y su fin resulta proporcionado y justificado, ya que no es otro que 'procurar una solución extraprocésal de la controversia, lo cual resulta beneficioso tanto para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema, como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto, que ve aliviada su carga de trabajo' (STC 217/1991, de 14 de noviembre, FJ 6)». [SSTC 119/2014, FJ 5 B), y 8/2015, FJ 5 c)].

Expuesta la doctrina constitucional conviene ahora delimitar el alcance de nuestro pronunciamiento, a la vista de lo alegado por el Abogado del Estado y por otra de las partes comparecidas.

Como sucedía en la STC 1/2012, de 13 de enero, FJ 9, el presente proceso no versa sobre la recta aplicación del Derecho de la Unión Europea por los poderes públicos nacionales, que, como ya hemos declarado anteriormente, es en principio una cuestión que, procesalmente, no tiene rango constitucional (por todas STC 58/2004, de 19 de abril, FJ 10); versa en realidad sobre la recta aplicación de la Constitución, por un órgano constitucional, en el desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea. En consecuencia el objeto del presente proceso no es el Derecho de la Unión Europea, sino el control de la conformidad con determinados preceptos constitucionales, los artículos 24.1 y 117.3 CE, de una norma nacional que traspone el Derecho de la Unión Europea. No es función de este Tribunal controlar la adecuación de la legislación estatal al Derecho de la Unión. Pero sí lo es, en cambio, dilucidar si el contenido de la normativa interna dictada en aplicación de aquel, vulnera o no la Constitución española. Sobre la compatibilidad constitucional de este extremo, es decir, sobre el desarrollo que el Estado haya realizado de las Directivas 1988/357 y 2009/138, es sobre lo que, desde la perspectiva de una posible vulneración de los artículos 24 y 117 CE, nos corresponde pronunciarnos. No,

como parece defender el Abogado del Estado, desde el parámetro fijado por el Derecho de la Unión.

La cuestión a dilucidar por este Tribunal es, por consiguiente, si la regulación del arbitraje que deriva del precepto cuestionado es conforme con los preceptos constitucionales con los que el órgano judicial lo ha contrastado, dejando aparte cualquier cuestión relacionada con el enjuiciamiento del Derecho de la Unión, en este caso, la Directivas que se trasponen mediante la norma objeto del presente proceso.

4. Una vez recordada la doctrina de este Tribunal acerca del arbitraje y confirmada la constitucionalidad del mecanismo cuando es fruto del concurso de voluntades de ambas partes del litigio, las cuales voluntariamente desplazan el juego del artículo 24 CE o lo que es lo mismo, renuncian expresa y puntualmente al ejercicio del derecho a la tutela de los jueces y magistrados para someterse a la decisión arbitral, debemos plantearnos si se alcanza la misma conclusión cuando la sumisión a este mecanismo de resolución de conflictos queda en manos de uno solo de los litigantes, como sucede en la norma recogida en el artículo 76 e) LCS.

Dicha norma forma parte de la regulación del denominado contrato de seguro de defensa jurídica, por el que «el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro». En el seno de un contrato de este tipo, el precepto cuestionado dispone que el asegurado «tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro». Como se ve, la norma no contiene un mandato para el asegurado en el sentido de que deba acudir en todo caso al arbitraje, sino que se trata de una vía alternativa a la jurisdicción que se pone a su disposición si se da el conflicto que la norma contempla, pudiendo el asegurado optar por dicha vía, sin que medie el consentimiento del asegurador.

Así configurado, el derecho reconocido al asegurado por el artículo 76 e) LCS y la correlativa obligación del asegurador de someterse a dicho arbitraje debe coherarse con las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, tal como ya se señaló en la citada STC 119/2014. Solo en caso de no ser ello posible, la norma cuestionada no sería compatible con los preceptos constitucionales que se invocan por el órgano judicial como vulnerados.

La posible vulneración del artículo 24 CE no vendría dada tanto por el hecho de que el contrato de defensa jurídica haya de someterse inicialmente a un procedimiento arbitral, sino, más precisamente, por impedir su posterior acceso a la jurisdicción, ya que la impugnación del laudo arbitral es únicamente posible por motivos formales (arts. 40 y ss. de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje), con la consiguiente falta de control judicial sobre la cuestión de fondo. En este sentido, no cabe duda de que una mera revisión formal sólo puede ser compatible con las exigencias del artículo 24 CE cuando la decisión arbitral es consecuencia de un verdadero y real convenio arbitral, entendido éste como la manifestación expresa de la voluntad de ambas partes de someterse a él y en consecuencia al laudo que se obtenga. Así se afirmó en la STC 174/1995, FJ 3, y se reiteró en la STC 75/1996, FJ 2, «ese control excluye las cuestiones de fondo, ya que al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse éstas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo (STC 43/1988 y Sentencias del Tribunal Supremo que en ella se citan) que, como tal, resulta insuficiente para entender que el control judicial así concebido cubre el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE».

No puede decirse, ciertamente, que la sumisión a arbitraje de las eventuales diferencias entre asegurado y asegurador en los términos del artículo 76 e) LCS, imponga un obstáculo arbitrario o caprichoso para acceder a la tutela judicial efectiva. Responde tanto a la plausible finalidad de fomentar el arbitraje como medio idóneo para la solución de conflictos, descargando a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa, así como, preferentemente, a la de otorgar una especial protección al asegurado en su

condición de consumidor, en tanto que el objeto del seguro es la prestación a favor de este, de los servicios de defensa jurídica frente a terceros.

Sin embargo, el servicio a un fin constitucionalmente lícito no justifica en este caso la consecuencia jurídica cuestionada, la restricción al derecho fundamental que el arbitraje obligatorio supone. Dicha restricción deriva de que el sometimiento de la cuestión a arbitraje se impone por la sola voluntad de una de las partes del contrato, de modo que establece un impedimento para el acceso a la tutela judicial de la otra que es contrario al derecho de todas las personas «a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos» (en similares términos, STC 174/1995, FJ 3). Dos son los efectos que se derivan del precepto: el primero, la obligación de una de las partes, por voluntad de la otra, de someter la cuestión a arbitraje y, por tanto, a estar y pasar por lo decidido en el laudo, y el segundo, el efecto de impedir a los jueces y tribunales conocer del litigio sometido a arbitraje, pues el control judicial del laudo arbitral no comprende el fondo del asunto.

Por tanto, la imposición de un arbitraje como el previsto en el artículo 76 e) LCS vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24 CE, pues impide el acceso a la jurisdicción de los juzgados y tribunales de justicia que, ante la falta de la voluntad concurrente de los litigantes, son los únicos que tienen encomendada constitucionalmente la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117 CE). El precepto ha eliminado para una de las partes del contrato la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales, en cuanto fija una vía alternativa excluyente de la jurisdiccional, cuya puesta en marcha depende únicamente de la voluntad de una de las partes. Como recuerda la STC 174/1995, FJ 3, «la primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella». Por ello, resulta contrario a la Constitución que la Ley de contrato de seguro suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje, denegándole la posibilidad en algún momento de solicitar la tutela jurisdiccional.

5. La conclusión anterior no queda enervada por lo argumentado por el Abogado del Estado, que reputa correctamente traspuestas las directivas de las que el precepto cuestionado trae causa, descartando, por tanto, que se vulnere el artículo 24.1 CE.

A este Tribunal no le corresponde establecer cuál sea la interpretación correcta del Derecho de la Unión. Pero sí debe constatar que, tanto en el artículo 203 de la Directiva 2009/138/CEE, como en su precedente, el artículo 6 de la Directiva 1987/344/CEE se afirma que se preverá un «procedimiento arbitral u otro procedimiento que ofrezca garantías comparables de objetividad». Tal como puede constatarse, no se prevé que, optando por uno u otro, dicho procedimiento excluya el acceso a la jurisdicción ordinaria. Y también se establece que la instauración de dicho procedimiento se hace «sin perjuicio de cualquier derecho de recurso a una instancia jurisdiccional que eventualmente hubiera previsto el derecho nacional», sin precisar cuál deba ser y cómo deba funcionar.

Resulta entonces que, aunque «[l]as exigencias derivadas del Derecho de la Unión no pueden ser irrelevantes a la hora de establecer los márgenes constitucionalmente admisibles de libertad de apreciación política de que gozan los órganos constitucionales» [STC 20/2014, de 10 de febrero, FJ 3 a)], la norma nacional no ha apurado el margen de apreciación que le otorgaba la europea a fin de permitir una transposición que concilie, en la mayor medida posible, el cumplimiento pleno y tempestivo de las obligaciones del Estado en el seno de la Unión con las exigencias constitucionales del artículo 24 CE en relación con el arbitraje (en un sentido similar, STC 141/2016, de 21 de julio, respecto al orden interno de distribución de competencias, o 1/2012, de 13 de enero, en cuanto a la distribución horizontal de poderes que deriva de la Constitución).

En consecuencia, el artículo 76 e) LCS es inconstitucional y nulo.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar la cuestión de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar que el artículo 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro, es inconstitucional y nulo.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a once de enero de dos mil dieciocho.—Juan José González Rivas.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Antonio Narváez Rodríguez.—Alfredo Montoya Melgar.—Ricardo Enríquez Sancho.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—María Luisa Balaguer Callejón.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2578-2015

1. Como tuve oportunidad de manifestar a lo largo de las deliberaciones del presente proceso constitucional, disiento de la decisión adoptada por la mayoría. Dentro del máximo respeto hacia el parecer de mis compañeros de Pleno, considero que la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña debió ser inadmitida por inadecuada formulación del juicio de relevancia (art. 35.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC), por las razones recogidas en el Voto particular formulado por el Magistrado don Antonio Narváez Rodríguez, al que me adhiero.

2. Adicionalmente, me parece necesario poner de manifiesto que, en la hipótesis de que no hubiera concurrido un impedimento de procedibilidad por haber quedado satisfecho el juicio de relevancia, el fallo hubiera debido de ser desestimatorio, por las razones que expongo seguidamente.

a) Como se infiere de la mera lectura del auto de promoción de la cuestión de inconstitucionalidad a examen, y así queda recogido en los antecedentes de hecho de la Sentencia de mi discrepancia, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña expresa sus dudas de constitucionalidad, única y exclusivamente, respecto del artículo 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguros (LCS, en la redacción incorporada por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, para adaptar el derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados. Estructurado el precepto mencionado en dos párrafos, el primero de ellos reza del tenor siguiente: «El asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro», no resultando impertinente dejar aclarado que, a pesar de su carácter genérico, el ámbito aplicativo de la previsión legal transcrita queda circunscrito a una concreta modalidad de contrato de seguro: el seguro de defensa jurídica, al que alude la rúbrica de la sección novena en la que aquel pasaje legal se ubica. Por su parte, el párrafo segundo dispone: «la designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada».

De estos dos párrafos que el artículo 76 e) enuncia, desde un criterio de técnica legislativa, en términos diferenciados y no unificados, conforme equívocamente hace el auto que suscita la cuestión de inconstitucionalidad a discusión, el que en verdad delimita tanto la verificación de la observancia de los requisitos ex artículo 35.1 LOTC como el enjuiciamiento de fondo es el primero de ellos, careciendo el segundo de la menor incidencia en la cuestión. Sobre aquél versará de manera limitada mi discrepancia.

b) El órgano judicial promotor de la presente cuestión de inconstitucionalidad entiende que el enunciado normativo del artículo 76 e) LCS podría colisionar con los artículos 24.1 y 117.3 CE. Aquel primero por cuanto, al establecer «un sistema imperativo para una sola parte en la relación jurídica bilateral», está admitiendo que «una de las partes *ope legis* (asegurado) pueda imponer a la otra el cauce arbitral, admitiendo *ex lege* la exclusión del derecho a la tutela judicial si así lo decide una parte contratante». En atención a ello, e invocando las SSTC 352/2006, de 14 de diciembre, y 174/1995, de 23 de noviembre, el órgano judicial considera que, de tener que exigirse «un pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial», se supeditaría «el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra y este tener que contar con el consentimiento de la contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión quebrantaría la esencia misma de la tutela judicial». La vulneración del artículo 117.3 CE se produciría, siempre en el decir del órgano judicial, en razón de que la norma que admite el recurso al arbitraje obligatorio, en cuanto éste supone una renuncia a la jurisdicción y conlleva la exclusión de la vía judicial, atribuye *ope legis* la potestad jurisdiccional a un árbitro, dejando al margen de su ejercicio a los jueces y tribunales determinados por las leyes.

Es este razonamiento –que cierra la rúbrica del apartado del auto intitulado «planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del art. 76 e) LCS. Juicio de relevancia y motivación de la cuestión de inconstitucionalidad»– el que, a mi parecer, está privado de la menor consistencia argumentativa, desde un plano constitucional.

c) El fundamento jurídico 3 de la Sentencia de mi disenso sintetiza, de manera tan clara como fundada, la doctrina constitucional en relación con la implantación por una norma legal de fórmulas de arbitraje que se activan sin necesidad de mutuo acuerdo de las partes en conflicto o, en otros términos, por la simple voluntad de una de las partes. En tal sentido y tras invocar diversas sentencias de este Tribunal, se alude a la STC 174/1995, que declaró la inconstitucionalidad de una medida de arbitraje imperativo establecida en la Ley de transporte terrestre, procediendo a reproducir el último párrafo de su fundamento jurídico 3, que en modo alguno puede calificarse como *obiter dicta*. Muy antes al contrario la argumentación ahí contenida ofrece la definitiva motivación de la inconstitucionalidad de la norma a examen en aquel proceso, consistente en la privación al órgano judicial de la potestad de efectuar una valoración de fondo sobre el laudo arbitral. Por formular la idea con sus propias palabras, el enjuiciamiento previsto es «un juicio externo ... que, como tal, resulta insuficiente para entender que el control judicial así concebido cubre el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE».

De una simple interpretación a contrario del razonamiento expuesto se infiere sin margen alguno para la incertidumbre que el arbitraje obligatorio no resulta contrario, en sí mismo regulado, al artículo 24.1 CE; lo es cuando se limitan las oportunidades de que los órganos judiciales competentes puedan revisar la decisión arbitral, ejerciendo meros controles formales sin poder entrar a enjuiciar motivos de orden material o sustantivo. En lo que me importa destacar, es ésta la doctrina que, años más tarde y sin reserva ni ambages de tipo alguno, reitera, haciendo suya, la STC 119/2014, de 16 de julio, cuyo fundamento jurídico 5 B), párrafo tercero –que, por cierto, también reproduce la Sentencia de mi discrepancia–, razona del modo siguiente:

«De acuerdo con nuestra doctrina, el arbitraje obligatorio no resulta conforme al derecho a la tutela judicial efectiva cuando el control judicial sobre el laudo previsto en la ley se limita a las garantías formales o aspectos meramente externos, sin alcanzar el fondo del asunto sometido a la decisión arbitral (SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3 y 75/1996, de 30 de abril, FJ 2). Hemos de entender, en cambio, que el arbitraje obligatorio sí resulta compatible con el derecho reconocido en el art. 24.1 CE cuando el control judicial a realizar por los tribunales ordinarios no se restringe a un juicio externo, sino que alcanza también a aspectos de fondo de la cuestión sobre la que versa la decisión.»

En estricta aplicación de la doctrina que se viene de exponer, la citada STC 119/2014 procedió a desestimar la vulneración del artículo 24.1 CE en atención a la introducción, por la denominada Ley de reforma del mercado de trabajo de 2012, de una medida de arbitraje obligatorio prevista para aquellos casos en los que, finalizado el período de consultas iniciado con vistas a modificar las condiciones de trabajo previstas en un convenio colectivo en vigor, las partes no hubieren alcanzado acuerdo, con el lógico mantenimiento de sus discrepancias (art. 82.3 de la Ley del estatuto de los trabajadores: LET). Algunos meses después, la STC 8/2015, de 22 de enero, al sustanciar un segundo recurso de inconstitucionalidad contra la mencionada ley, hizo suya y reiteró la aplicación de la doctrina [fundamento jurídico 5 c)], igualmente recordado en la sentencia de la que ahora disiento).

Con independencia de mi conformidad o no con los fallos de estos pronunciamientos, las conclusiones que es dable deducir de la anterior doctrina, erigida en jurisprudencia consolidada de este Tribunal, son de fácil y rápido enunciado, pudiendo resumirse en los términos que a continuación siguen: la implantación por el legislador de una medida de arbitraje obligatorio no resulta, en sí misma valorada, lesiva de los artículos 24.1 o 117.3 del texto constitucional; lo será, única y exclusivamente, en aquellos supuestos en los que las normas procesales restrinjan el control judicial a aspectos formales del laudo arbitral o, lo que es igual, impidan que ese control alcance a las controversias de fondo.

d) Trasladando las conclusiones que se acaban de extraer de la doctrina elaborada por este Tribunal en relación con la figura del arbitraje imperativo y retornando a la cuestión de inconstitucionalidad, las dudas sobre la constitucionalidad del artículo 76 e) LCS presentadas por el órgano judicial promotor de dicha cuestión no resultan justificadas. Este precepto se limita a conferir al asegurado, en el ámbito del contrato de seguro de defensa jurídica, el derecho a someter a arbitraje las diferencias que mantenga con la entidad aseguradora, las cuales solo pueden versar, atendida la naturaleza del referido contrato [art. 76 a) LCS], sobre los gastos producidos por la activación de procedimientos administrativos o judiciales. O expresada la idea desde una vertiente constitucional, el reseñado precepto no vulnera ninguno de los pasajes constitucionales invocados por el auto de promoción de la presente cuestión de inconstitucionalidad: ni el artículo 24.1 ni el artículo 117.3.

Para que aquella regulación arbitral pudiera calificarse como vulneradora de un derecho constitucional o, en su caso, de una potestad de idéntica naturaleza, el órgano judicial, atendiendo a la jurisprudencia constitucional ya comentada, tendría que haber analizado –como llevaron a cabo de manera completa las citadas SSTCC 119/2014 y 8/2015, en relación con el arbitraje laboral controvertido– si la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, u otra norma procesal presuntamente aplicable, regula las vías de impugnación de las decisiones arbitrales. Y tras indicar los preceptos legales vigentes en nuestro sistema jurídico que se ocupan de ese tema, analizar si la concreta ordenación jurídica establece o no algún tipo de restricción al enjuiciamiento de las controversias surgidas de la decisión arbitral por los órganos judiciales. En el supuesto de haberse identificado algún precepto legal limitativo del control judicial, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña hubiera podido promover el Auto de inconstitucionalidad en la concreta controversia sometida a su conocimiento, considerando a tales efectos tanto el artículo 76 e) LCS como el concreto precepto restrictivo del tan mencionado control. Al no hacerlo así, es indiscutible que al mencionado artículo 76 e) no se le puede tachar de lesionar de manera directa ninguno de los preceptos inconstitucionales invocados por dicho órgano judicial. En razón de ello, la Sentencia debió de desestimar la cuestión de inconstitucionalidad.

e) Me parece de todo punto obligado efectuar algunas consideraciones finales respecto de la argumentación instrumentada por la sentencia para llegar al fallo de inconstitucionalidad del artículo 76 e) LCS.

El primer aspecto a destacar es la falta de correspondencia entre la doctrina constitucional aplicable al arbitraje obligatorio, sustanciada en las SSTCC mencionadas con reiteración en el fundamento jurídico 3, y la aplicación que se hace de la misma en la

cuestión de inconstitucionalidad a examen. Apartándose del criterio utilizado por las SSTC 119/2014 y 8/2015, la Sentencia no hace el menor esfuerzo por justificar que, en el caso controvertido, la legislación arbitral no consiente un control de fondo respecto de los laudos arbitrales contemplados en el artículo 76 e) LCS. De manera un tanto sorprendente, el apartado cuarto del fundamento jurídico 4 se limita a señalar «que la posible vulneración del art. 24 CE no vendría dada tanto por el hecho de que el contrato de defensa jurídica haya de someterse inicialmente a un procedimiento arbitral, sino, más precisamente, por impedir su posterior acceso a la jurisdicción, ya que la impugnación del laudo arbitral es únicamente posible por motivos formales (arts. 40 y ss. de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje), con la consiguiente falta de control judicial sobre la cuestión de fondo». Siendo ello así, como efectivamente es, la pregunta que fluye de manera natural es la siguiente: en la medida en que se hace constar que el artículo 76 e) LCS no es en sí mismo inconstitucional, siéndolo solo en atención a que unos preceptos de otra ley, la de arbitraje, que no se entran a examinar, ciñen el control a temas formales ¿cuál es la razón de su anulación?

Pero más sorprendente, si cabe, es que, tras haber enunciado una afirmación del tenor expuesto, plenamente ajustada a nuestra jurisprudencia consolidada, la Sentencia no duda en sostener, casi a renglón seguido, que uno de los efectos que derivan del precepto impugnado reside en «impedir a los Jueces y Tribunales conocer del litigio sometido a arbitraje, pues el control judicial del laudo arbitral no comprende el fondo del asunto» (párrafo sexto, FJ 4). La idea que ahora se defiende entra en directa y frontal confrontación con la sostenida con anterioridad, resultando imposible de compatibilizar las tesis que se mantienen de manera simultánea: si la vulneración del artículo 24.1 CE a resultas de la implantación legal de fórmulas de arbitraje obligatorio trae causa en las restricciones al control judicial, semejantes restricciones no pueden calificarse como un efecto automático derivado de aquella implantación. Una vez más, la doctrina sentada en las SSTC 174/1995, 119/2014 y 8/2015 desmiente de manera rotunda y sin contemplaciones la conexión pretendida entre causa y efecto, pues el establecimiento de fórmulas de arbitraje obligatorio respeta el artículo 24.1 CE siempre que el control judicial sobre el laudo arbitral pueda afectar a cuestiones de fondo.

3. En el escenario en el que he decidido instalar conclusivamente mi Voto particular, dirigido hacia la argumentación de la sentencia que conduce a la inconstitucionalidad del artículo 76 e) LCS, una última reflexión puede aún resultar de interés. Tal reflexión, en buena medida paradójica, alude a la relación de correspondencia apreciable entre dos declaraciones contrarias: de un lado, la constitucionalidad del arbitraje obligatorio laboral (art. 82.3 LET), sostenido en las SSTC 119/2014 y 8/2015, y, de otro, la inconstitucionalidad del arbitraje imperativo defendido ahora en la sentencia de mi disenso. En aquellos primeros pronunciamientos, la imposición del arbitraje obligatorio afectaba a la parte tradicionalmente débil de las relaciones laborales: los trabajadores y sus representaciones colectivas, en su condición de sujetos negociadores de la actividad contractual colectiva. En este otro, el derecho a recurrir a fórmulas de arbitraje obligatorio se confirió por la norma impugnada, declarada ahora inconstitucional por la presente resolución, a la parte débil del contrato de seguro de defensa jurídica.

En este contexto de diferencias en los fallos pronunciados por este Tribunal, la disimilitud termina hermanándose mediante el expediente de alcanzar un criterio idéntico, valorada la identidad desde la posición de debilidad contractual de las partes a las que en un caso se impone y en el otro se impide el recurso a una medida de arbitraje obligatorio. Por este lado y una vez más, las cláusulas sociales de nuestro texto constitucional (arts. 1.1, 9.2 y 14 CE), dotadas de un alcance transversal, vuelven a ser marginadas.

Y en este sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a once de enero de dos mil dieciocho.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad número 2578-2015

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros del Tribunal en la que se sustenta la Sentencia, manifiesto mi discrepancia con su fundamentación jurídica y con su fallo, que, en mi opinión, hubiera debido ser de inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad o, cuando menos, desestimatorio.

1. El arbitraje es un medio alternativo de resolución de controversias, pero no un equivalente jurisdiccional.

Estoy en desacuerdo con la naturaleza que la sentencia de la que disiento atribuye a la institución del arbitraje. Parece considerar que es simplemente un sucedáneo del ejercicio de la función jurisdiccional, «un equivalente jurisdiccional», como así lo denomina, cuando, a mi juicio, como medio alternativo de resolución de controversias constituye una institución con contenido propio.

Es cierto que inicialmente la doctrina constitucional explicó su naturaleza como «equivalente jurisdiccional» (SSTC 43/1988, 233/1988, 288/1993, 176/1996), pero posteriormente tan desafortunada expresión se ha ido matizando gracias a una jurisprudencia constitucional que ha ido evolucionando hacia una doctrina mixta, en la que, como elemento esencial, se subraya la naturaleza contractual del arbitraje en sus orígenes; y, como lógica consecuencia, se admite el carácter jurisdiccional en sus efectos. El fundamento del arbitraje radica, pues, en la voluntad de las partes, si bien para su efectividad requiere de la asistencia judicial, dado que no tendría sentido un mecanismo de resolución de conflictos cuyas decisiones no tuvieran carácter ejecutivo o carecieran del valor de cosa juzgada y no pudieran invocarse con tal carácter ante los poderes públicos y ante los tribunales.

Sostengo, por consiguiente, que en nuestra Constitución el arbitraje no tiene su asiento en el artículo 24, que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, sino en el artículo 10 CE que proclama la dignidad y la autonomía de la persona, en relación con otros preceptos en los que se desarrolla este principio (por ejemplo, los arts. 33 y 38 CE). Esta es, por otro lado, la doctrina sentada en la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, que haríamos bien en no abandonar. Como ejemplo puede citarse la STC 9/2005, de 17 de enero. En ella se declara que el arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento. Este modo de comprender la naturaleza jurídica del arbitraje permite configurar adecuadamente como características esenciales de esta institución la neutralidad, la prevalencia de la autonomía privada y el establecimiento de una intervención judicial limitada y reglada, fundada, a su vez, en el principio de *Kompetenz-Kompetenz* y en la presunción en favor de la correcta actuación del órgano arbitral en cuanto a los límites y ejercicio de sus facultades decisorias.

La sentencia de la que discrepo asume sin mayores explicaciones la teoría de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje y con ello empaña, a mi juicio, la aplicación plena de estos principios. Entre otras cosas, no permite explicar bien el abandono de las facultades inherentes al ejercicio de la jurisdicción, ni la sumisión a la autonomía privada de aspectos relativos a su ejercicio, ni la autonomía de los árbitros para decidir sobre el ámbito de su decisión sin otro control que el limitado a *posteriori*.

Probablemente condicionada por esta concepción jurisdiccional del arbitraje la sentencia llega a la conclusión apodíctica de que cuando viene impuesto por la ley lesiona de manera intolerable el derecho a la tutela judicial efectiva; y se abstiene de considerar la posible influencia de otros principios y valores constitucionalmente protegidos, como es en este caso la defensa de los consumidores. En mi opinión, sin embargo, en el arbitraje no debe verse una suplantación de las decisiones judiciales, sino una institución de rango fundamental en un sistema jurídico basado en la libertad, con respecto a la cual la actividad judicial aspira a mantener el mínimo de protagonismo, solo el necesario para garantizar la resolución pacífica de aquellas situaciones de conflicto jurídico que el propio arbitraje no

puede resolver por sí mismo (bien por ser necesaria una actividad ejecutiva de restricción de los derechos de las partes no consentida por estas, bien por faltar presupuestos o requisitos básicos para la existencia o validez del arbitraje).

En definitiva, creo que si hubiéramos partido de la configuración del arbitraje como un sistema de resolución de conflictos de naturaleza mixta, es decir, basado en el principio de autonomía de la voluntad (art. 10 CE) que se apoya en su fuerza ejecutiva, en su efecto de cosa juzgada y en la posibilidad de control judicial de las garantías esenciales de tal procedimiento, hubiera sido ineludible analizar si en el contrato de seguro de defensa jurídica, origen de esta cuestión de inconstitucionalidad, existía o no cláusula de sumisión al arbitraje (parece que la respuesta afirmativa se hubiera impuesto) y si el legislador puede imperativamente en casos excepcionales imponer a una de las partes la aceptación de un convenio arbitral para la celebración de un determinado contrato o, por el contrario, si la imposición de esta obligación comporta la ausencia injustificada de voluntad de aceptación del arbitraje por una de las partes y debe entenderse de modo absoluto como una lesión absoluta del artículo 10 CE y del artículo 24 CE de modo que deba declararse inconstitucional la norma cuestionada.

Nada de ello se ha hecho en esta Sentencia de la que discrepo, en la que simplemente y sin realizar ponderación alguna de los intereses generales y valores constitucionalmente protegidos, se afirma y da por hecho que el convenio arbitral debe ser siempre el resultado de una confluencia formal y actual de las voluntades de las partes, por lo que obligar legalmente a una de ellas a someterse al procedimiento arbitral para celebrar un determinado contrato vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva, cualesquiera que sean las circunstancias concurrentes. Sin duda esta doctrina es consecuente con la idea de que el arbitraje es un «equivalente jurisdiccional» y, por ello, de la misma naturaleza, como ejercicio de un poder del Estado, a la jurisdicción a la que se refiere el derecho reconocido en el artículo 24 CE. Por lo demás, tampoco se considera en la sentencia que el derecho a la tutela jurisdiccional constituye un derecho fundamental que, como todo derecho, admite modulaciones o limitaciones; que se trata de un derecho de configuración legal subordinado a la efectividad de la protección de los derechos e intereses de las personas; y que, en el caso del arbitraje, su contenido esencial queda garantizado mediante la impugnación del laudo, como el artículo 53 CE impone a toda medida legislativa reguladora de un derecho fundamental.

2. No está suficientemente justificada la relevancia de la cuestión de inconstitucionalidad.

Considero que el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no contiene un juicio de relevancia suficiente para la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad. Como sintetiza la reciente STC 23/2017, de 16 de febrero, «[e]s doctrina constitucional que corresponde al órgano judicial proponente realizar el juicio de aplicabilidad y relevancia de la norma legal cuestionada, y que, por ser la elección de la norma aplicable una cuestión de legalidad ordinaria, este Tribunal debe limitarse a realizar un control externo sobre el juicio realizado por el órgano judicial, que excluye la revisión del criterio judicial acerca de la aplicabilidad de la norma, salvo que resulte con toda evidencia errado, porque sea notoriamente inconsistente o equivocada la argumentación judicial sobre la aplicabilidad al caso de la norma cuestionada (por todas, STC 38/2014, de 11 de marzo, FJ 3), o, como señala la STC 60/2013, de 13 de marzo, FJ 1 b), porque «de manera notoria, sin necesidad de examinar el fondo debatido y en aplicación de principios jurídicos básicos, se advierte que la argumentación judicial en relación con el juicio de relevancia resulta falta de consistencia» (STC 43/2015, de 2 de marzo, FJ 3). En tales casos, sólo, mediante la revisión del juicio de aplicabilidad y relevancia es posible garantizar el control concreto de constitucionalidad que corresponde a la cuestión de inconstitucionalidad, en los términos en que ésta es definida por el artículo 163 CE [SSTC 87/2012, de 18 de abril, FJ 2; 146/2012, de 5 de julio, FJ 3; 60/2013, de 13 de marzo, FJ 1 b); 53/2014, de 10 de abril, FJ 1 b), y 82/2014, de 28 de mayo, FJ 2 a)]» (FJ 2).

La formulación del juicio de aplicabilidad y relevancia aparece recogida en el RJ 1, apartado 2-C, letra b), del auto de planteamiento, en el que se concluye que «en el suplico

de la demanda se solicita el nombramiento de árbitro para el examen de la controversia surgida entre el instante Sr. Prats y la aseguradora REGAL, encontrando su apoyo legal, exclusivamente, en el artículo 76 e) LCS ... La meridiana claridad de la pretensión deducida haría incluso innecesaria cualquier otra argumentación sobre dicho extremo, si bien ha de resaltarse que la pretensión del instante se apoya en la obligación legal que para la aseguradora, a falta de convenio arbitral que conste justificado, impone el artículo 76 e) LCS y del que se deriva que proceda el nombramiento de árbitro sustituyendo la voluntad de la aseguradora para someterse a arbitraje, conforme a lo preceptuado en dicho artículo 76 e) LCS».

Considero que, con lo razonado al respecto en el auto de planteamiento, no puede darse por cumplida la carga de exteriorizar el juicio de aplicabilidad y relevancia que incumbe al órgano promotor de la cuestión, «sin que este Tribunal pueda 'sustituir, rectificar o integrar el criterio de los órganos judiciales proponentes'» [STC 134/2016, de 18 de julio, FJ 2 a), con cita de las SSTC 166/2012, de 1 de octubre, FJ 2, y 221/2015, de 22 de octubre, FJ 2].

Esta apreciación se basa en que en el presente caso la Sala proponente se limita a subrayar, como ya se ha dicho, que la norma aplicable es el artículo 76 e) de la Ley de contrato de seguro (LCS) que obliga a la aseguradora a someterse a un procedimiento arbitral, cuando lo cierto es que en la demanda se advierte de la existencia en la póliza de una cláusula contractual que reconoce el derecho del asegurado a someter la discrepancia a un procedimiento arbitral y que, por esta razón el actor entiende que no es necesario un posterior convenio arbitral para ponerla en vigor. Para el demandante, por consiguiente, existe convenio arbitral desde el momento mismo en el que se suscribió de común acuerdo la póliza en la que expresamente consta su derecho al arbitraje. Como es sabido, no solo el artículo 76 e) LCS otorga un derecho subjetivo al adherente-consumidor a someter la controversia a arbitraje, sino que el artículo 76 f) LCS impone a la aseguradora la obligación de insertar en sus pólizas prerredactadas una cláusula en la que se recoja el reconocimiento de tal derecho y en el caso examinado el demandante se funda en el carácter vinculante para las partes contratantes de la cláusula arbitral efectivamente introducida en el contrato por la parte predisponente.

Por esta razón, aprecio que la validez del fallo no depende directamente del análisis de la constitucionalidad del artículo 76 e) LCS (como expresamente supone el auto de planteamiento), sino del valor que se reconozca a la cláusula contractual, como tal vinculante para la aseguradora, de reconocimiento del derecho del consumidor al arbitraje y sobre esta cuestión era indispensable que se pronunciase la Sala proponente. Lo verdaderamente discutible, en efecto, es el valor que deba atribuirse a esta cláusula en función de venir impuesta en la póliza en virtud de lo dispuesto en el artículo 76 f) LCS, que es el artículo realmente relevante para resolver la cuestión. Sin embargo, esta posibilidad ha sido descartada por el tribunal proponente sin mayor explicación que la de entender, al margen de las reglas sobre interpretación sistemática, que «es en el primero donde se impone esta suerte de arbitraje obligatorio y no en el segundo que podría contemplarse como una facultad de opción si la dicción del artículo 76 e) no fuera imperativa».

3. La falta de legitimación del Tribunal para interpretar el artículo 203 de la Directiva 2009/138/CEE

Un punto en el que hubiera deseado que la Sentencia de la que discrepo hubiera sido más precisa se refiere a las manifestaciones que se recogen en el fundamento jurídico 5 de la Sentencia. A mi entender, aun protestando lo contrario, la Sentencia lleva a cabo una interpretación del artículo 203 de la Directiva 2009/138/CEE, para lo que carecemos de competencia. En efecto, admite, cosa como mínimo dudosa, que dicho artículo es compatible con el establecimiento de un arbitraje sujeto con posterioridad a la reproducción del litigio ante la jurisdicción ordinaria (no puede entenderse de otra manera que la Sentencia diga que en la directiva, tras establecer un procedimiento arbitral u otro con iguales garantías de objetividad, «no se prevé que, optando por uno o por otro, dicho procedimiento excluya el acceso a la jurisdicción ordinaria»). A mi juicio resulta evidente

que una interpretación de tal naturaleza está reservada al Tribunal de Justicia de la Unión. El Tribunal, entiendo, hubiera debido limitarse a explicar por qué en este caso estamos legitimados para entrar a conocer de la constitucionalidad de una norma interna, el artículo 76 e) LCS, aun cuando sea el resultado de la transposición de una directiva comunitaria; o, alternativamente, plantear una cuestión prejudicial si consideraba necesario pronunciarse sobre el alcance de la directiva en un punto que dista mucho de ser claro.

No es función de este Tribunal, ciertamente, controlar la adecuación de la legislación estatal al Derecho de la Unión, pero sí lo es, en cambio, dilucidar si el contenido de la normativa interna dictada en aplicación de su competencia, vulnera o no la Constitución Española. Para el Tribunal el artículo 93 CE debe ser considerado como «soporte constitucional básico de la integración de otros ordenamientos con el nuestro, a través de la cesión del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, ordenamientos llamados a coexistir con el Ordenamiento interno, en tanto que ordenamientos autónomos por su origen» (Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2). Como se dijo entonces, «opera como bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias. De este modo se confiere al artículo 93 CE una dimensión sustantiva o material que no cabe ignorar» (Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, FJ 2). Es por ello «imprescindible una interpretación que atienda a la insoslayable dimensión de integración comunitaria que el precepto constitucional comporta» (Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, FJ 2). Así, una vez producida la integración europea, «la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos» (Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, FJ 2).

No obstante, en el presente caso, este Tribunal es competente para pronunciarse sobre la adecuación del artículo 76 e) LCS a la Constitución Española. Así es porque la primacía no tiene un alcance general, sino que se encuentra referida exclusivamente a las competencias propias de la Unión (Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, FJ 3, respecto de la *non nata* Constitución europea). Es decir, opera respecto de las competencias cedidas a la Unión por voluntad soberana del Estado. Como pone de manifiesto el órgano judicial en el auto de planteamiento de la cuestión, la primacía del derecho comunitario alegada por el demandante no es argumento válido para sustentar la adecuación del precepto al ordenamiento jurídico español.

En materia de consumidores, el artículo 169.1 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea estableció que «para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como promover su derecho de información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses». Para alcanzar dichos objetivos, la Unión contribuirá, según establece el apartado segundo del citado precepto, mediante (i) medidas que adopte en virtud del artículo 114 en el marco de la realización del mercado interior y (ii) medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros. Esta segundo tipo de medidas se adoptarán por el Parlamento Europeo y el Consejo con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social (art. 169.3), lo cual no obstará para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección que deberán ser compatibles con los tratados que deberán ser notificadas a la comisión (art. 169.4).

El artículo 76 e) LCS impugnado establece el arbitraje a favor de los consumidores, como así exige la Directiva 87/344/CEE y el precepto impugnado no mantiene o adopta medidas de mayor protección para los consumidores que las previstas por la legislación europea. Por otro, es la propia Directiva la que prevé que dicho arbitraje se establecerá sin perjuicio de cualquier derecho de recurso a una instancia jurisdiccional, sin precisar cuál deba ser y cómo deba funcionar.

Precisamente sobre la compatibilidad constitucional de este extremo, es decir, sobre el desarrollo que el Estado otorgue a dicha posibilidad ofrecida por la propia Directiva, es sobre lo que, desde la perspectiva de una posible vulneración del artículo 24 CE, nos corresponde pronunciarnos y no desde el parámetro fijado por el Derecho de la Unión. La cuestión que debe dilucidarse por este Tribunal es, por consiguiente, si la imposición del arbitraje a la otra parte, en este caso al empresario-predisponente, vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) en los términos que determina la legislación dictada en el ejercicio de la competencia estatal y omitir cualquier interpretación del artículo 203 de la Directiva 2009/138/CEE. Alternativamente, no cabe más solución que plantear una cuestión prejudicial.

4. La limitación del derecho a la tutela judicial efectiva de la compañía aseguradora no puede considerarse inconstitucional

Como dice la sentencia de la que discrepo, partiendo de la doctrina de este Tribunal acerca de la constitucionalidad del mecanismo del arbitraje cuando es fruto del concurso de voluntades de ambas partes del litigio, hay que plantearse si se alcanza la misma conclusión cuando la sumisión a este mecanismo de resolución de conflictos queda en manos de uno solo de los litigantes, como sucede en la norma recogida en el artículo 76 e) LCS. Pero la cuestión no debiera haberse limitado exclusivamente a resolver este interrogante, sino avanzar algún paso más, que es precisamente lo que no se ha hecho.

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

Efectivamente, a mi juicio, la imposición de un arbitraje del artículo 76 e) LCS, en la medida en que el legislador español no ha previsto soluciones alternativas que remedien la falta de consentimiento libre al procedimiento arbitral, limita el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24 CE, pues se impide a las aseguradoras el acceso a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de Justicia que, ante la falta la voluntad concurrente de los litigantes, son los únicos que tienen encomendada constitucionalmente la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (STC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3). Por ello, en principio, pudiera pensarse que resulta contrario a la Constitución que la Ley de contrato de seguro suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje, denegándole la posibilidad de solicitar la tutela jurisdiccional.

Sin embargo, expuesta tal línea de principio, se repara enseguida en que para resolver la cuestión planteada no basta con llegar a la conclusión de que cuando el arbitraje no se sustenta en un previo convenio arbitral y no se prevén mecanismos de revisión de fondo del laudo de obligado cumplimiento se vulnera el derecho de acceso a la jurisdicción, sino que debemos preguntarnos si la restricción del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva que impone el artículo 76 e) LCS cuestionado está justificado, al hallarse en uno de aquellos supuestos en los que de permitir el juego de las voluntades particulares se causaría daño a los intereses generales y si el obstáculo de acceso a la jurisdicción impuesto en la norma cuestionada es arbitrario o caprichoso.

Pues bien, si partimos del mandato constitucional que atañe a todos los poderes públicos, a los jueces y al legislador de velar por la protección de los consumidores y usuarios (art. 51 CE), se concluye sin especial dificultad que la finalidad del artículo 76 e) LCS es la de otorgar una especial protección al asegurado en su condición de consumidor, pues resulta notorio que se encuentra ante una situación de desigualdad debida a la compleja naturaleza y contenido del contrato de seguro, especialmente en determinadas

modalidades como la aquí examinada. Se puede afirmar en este sentido que el contrato de seguro es el prototipo sobre el que se asienta la defensa de los consumidores y usuarios.

En efecto, hay que destacar que el ámbito de aplicación de este especial arbitraje del artículo 76 e) LCS viene identificado por la propia condición de las partes en el procedimiento arbitral, un empresario y un consumidor en una controversia que, también, tiene su origen en un acto de consumo: la contratación de un seguro de defensa jurídica que suele concertarse mediante un documento contractual predispuesto por el empresario y a cuyas condiciones generales se adhiere el consumidor sin previa negociación. Es evidente, por consiguiente, el desequilibrio existente entre los contratantes en el momento de la perfección del contrato y durante el transcurso de la relación contractual. Por ello, el legislador, cumpliendo el mandato establecido en el artículo 51 CE, ampara al asegurado tanto estableciendo los requisitos que se exigen a las aseguradoras para poder suscribir riesgos y operar en los mercados, como otorgando una serie de derechos al consumidor tendentes a reequilibrar su posición y regulando el contenido de los clausulados con normas imperativas, imponiendo la irrenunciabilidad de los derechos y la salvaguarda de que se aplique la interpretación más favorable para el asegurado. De este modo, en el contrato de seguro se restringe a su grado máximo el principio de la autonomía de la voluntad (art. 9 CE) que cede ante el de protección de los consumidores (art. 51 CE).

5. La paradójica desprotección del consumidor como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 76 e) de la Ley de contrato de seguro

Trasladadas las anteriores consideraciones al contrato de seguro de defensa jurídica que nos ocupa, para entender el funcionamiento y la finalidad de la norma cuestionada hay que partir del hecho de que el objeto de este contrato es la cobertura del riesgo de necesidad de asistencia jurídica, a la que el asegurador debe responder con los medios idóneos que permitan la defensa de los intereses del asegurado, ya sea mediante la asunción de gastos jurídicos originados por una defensa realizada por terceros, ya mediante la prestación directa de los servicios jurídicos. Parece obvio que el interés que se protege en la Ley de contrato de seguro es el del asegurado-consumidor, en tanto que el objeto del seguro es la prestación a favor de este, de los servicios de defensa jurídica frente a terceros. Es precisamente aquí, en el previo conflicto existente entre aseguradora y beneficiario sobre la prestación de la defensa jurídica, donde el principio constitucional de protección del consumidor ha de inspirar la interpretación material del derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24 CE). Una situación en la que de no existir tal norma imperativa se crearía una patente situación de debilidad e indefensión para el asegurado, pues a la par que requiere de defensa jurídica frente a un tercero, mantiene precisamente con aquel que le tiene que defender una controversia sobre el contenido de su contrato de defensa jurídica que, de no ser resuelta con la debida agilidad y objetividad, amenaza con dar al traste con la efectividad de sus derechos.

Siendo ello así, se puede afirmar, en primer lugar, que nada obsta para que en determinados supuestos el legislador no haga prevalecer la autonomía de la voluntad de los particulares e imponga las reglas contractuales.

La concepción jurídica y social del liberalismo económico que parte del presupuesto ideológico de la libertad de las partes contratantes, así como de la igualdad de las mismas en materia contractual, no lleva necesariamente a concluir que solo son válidos los contratos concluidos por el juego de la autonomía privada. Una concepción social del Derecho y de la economía no puede por menos de tratar de proteger especialmente determinados intereses puestos en juego en la contratación, como son por regla general los de la parte económica más débil. A ello hay que añadir que en nuestro ordenamiento jurídico no existe una regla que establezca la presunción de que el Derecho legal de ordenación de los contratos sea siempre dispositivo, sino que será la propia *ratio* y finalidad perseguida por la norma la que nos diga si debe sacrificarse el principio de autonomía de la voluntad en pro de la defensa de otros intereses que el legislador estima más valiosos o dignos de protección, como lo es la tutela de los consumidores y usuarios.

En segundo lugar, respecto a la alegada inconstitucionalidad de la norma cuestionada por la falta de posibilidad de revisión del fondo del laudo arbitral entiendo que contrariamente a la opinión mayoritaria de mis compañeros, de nada serviría que el legislador español haya impuesto la obligatoriedad del arbitraje para el asegurador como medio de dirimir el conflicto suscitado entre ambas partes (por ejemplo, sobre la libre elección de abogado y procurador, limitaciones subjetivas u objetivas del seguro, divergencias en la minutación o la viabilidad de la pretensión del asegurado) si, posteriormente permite que el empresario-asegurador replantee esa misma controversia en la jurisdicción ordinaria. Si ello sucediera no solo se restaría a este mecanismo extraprocesal de resolución de conflictos de su elemento esencial que es la vinculación al laudo arbitral con efecto de cosa juzgada y fuerza ejecutiva, sino que, desde luego, se difuminarían las ventajas de sencillez, agilidad, celeridad y economicidad que el arbitraje posee. Efectos todo ellos que, por lo demás, deben reputarse beneficiosos para ambas partes contratantes y para el tráfico jurídico en general, pues brindan certeza, a la par que evitan o restringen la posibilidad de discutir nuevamente, en sede judicial, un asunto que ha sido ya resuelto con anterioridad. Como puede apreciarse con dicha norma no solo se protege al consumidor, sino el interés general, pues se obtiene respuesta fundada al litigio y se evita el abuso de las vías de derecho por medio de la recurrente alegación de hechos que ya han sido resueltos con el consiguiente riesgo de obtener resoluciones distintas sobre un mismo objeto.

Por ello debiéramos haber concluido que del precepto cuestionado no puede decirse, ciertamente, que imponga un obstáculo arbitrario o caprichoso para acceder a la tutela judicial efectiva, pues responde a la plausible finalidad de proteger a los consumidores como parte débil del contrato de seguro de defensa jurídica, otorgándoles la posibilidad de optar por un medio ágil y económico a la solución de las controversias existentes con el asegurador. Sin embargo, el hacerlo de forma que no puede revisarse posteriormente en sede judicial el fondo del asunto, si bien es una limitación del derecho a la tutela judicial, no es arbitraria, pues solo configurando el recurso al arbitraje del modo en que lo ha hecho el artículo 76 c) LCS se garantiza la efectiva protección del asegurado-consumidor y, como fin último el interés general. De nada sirve, ya se ha dicho, un arbitraje que pueda ser replanteado posteriormente en vía judicial, porque se convierte en un mero trámite previo sin verdadera efectividad y supone la agregación de nuevas cargas llamadas a lastrar el ejercicio del derecho de acceso a la justicia. Creo que la eficacia de las normas de protección de los consumidores se mide, no solo por la equidad de sus normas, sino también por la existencia de cauces sencillos, rápidos y gratuitos o de escaso coste a través de los cuales puedan hacer exigibles sus derechos cuando estos no hayan sido respetados adecuadamente.

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

No puedo, en último término, aceptar que la lesión del derecho a la tutela judicial se encuentra en la imposibilidad de revisión del fondo del laudo, porque, si ello fuera así, inconstitucional no sería el artículo 76 e) LCS, sino en general todo el procedimiento arbitral previsto en la Ley de arbitraje.

Madrid, a once de enero de dos mil dieciocho.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Antonio Narvárez Rodríguez en relación con la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2578-2015, al que se adhiere el Magistrado don Ricardo Enríquez Sancho

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Pleno, emito este Voto particular discrepante de la Sentencia aprobada por la mayoría, que ha estimado la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y ha declarado la inconstitucionalidad y subsiguiente nulidad del artículo 76 e), párrafo primero de la Ley 50/1980, de 8 de octubre reguladora de contrato de seguro (en lo sucesivo, LCS).

El citado precepto, que venía rigiendo en nuestro país desde hace más de veintisiete años (introducido por una reforma operada en la precitada norma por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre), venía a reconocer, dentro del contrato de seguro de defensa jurídica, el derecho del asegurado «a someter a arbitraje cualquier diferencia que [pudiera] surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro».

Mis discrepancias con el parecer de la mayoría radican en dos tipos de cuestiones; la primera, de índole formal, que tiene que ver con el cumplimiento de los presupuestos procesales y, más en concreto, con el de la concurrencia del juicio de relevancia; y la segunda, que atiende a la problemática constitucional de fondo que se ha suscitado en este proceso constitucional. A continuación, paso a exponer, separadamente, mi posición sobre ambas cuestiones.

l) Presupuestos procesales: Ausencia del juicio de relevancia.

A mi entender, la cuestión de inconstitucionalidad debería haber sido inadmitida a trámite por no haber sido formulado correctamente el juicio de relevancia por parte del órgano judicial.

Cierto es que, conforme a doctrina reiterada de este Tribunal, corresponde al órgano judicial determinar y justificar la aplicabilidad y relevancia al caso concreto de la norma con rango de ley que pretende cuestionar, y que al Tribunal Constitucional únicamente competen facultades de control externo de aquel juicio, de tal manera que sólo puede declarar la inadmisibilidad del proceso constitucional cuando aquel juicio resulte inconsistente o errada la argumentación judicial sobre la aplicabilidad y relevancia de la norma cuestionada, al único fin de garantizar que la cuestión responde a la finalidad concreta que la justifica y se evita que el control de constitucionalidad se convierta en un control abstracto, sin efectos para el caso, lo que resulta improcedente en toda cuestión de inconstitucionalidad (por todas, SSTC 146/2012, de 5 de julio, FJ 3; y 40/2014, de 11 de marzo, FJ 2, y AATC 155/2013, de 9 de julio, FJ 2, 188/2015, de 5 de noviembre, FJ 2, y 168/2016, de 4 de octubre, FJ 3).

A partir, pues, de la doctrina referenciada, se hace preciso, aunque sea de modo sucinto, delimitar los presupuestos del caso para llegar a la conclusión, antes expuesta, de la ausencia de los presupuestos procesales expresados. En este sentido, hay que señalar que el Auto de planteamiento apoyó la aplicabilidad y relevancia del artículo 76 e) LCS al caso concreto en la concurrencia de dos argumentos que, en el criterio de la Sala, justificaban la necesidad de someter al juicio de constitucionalidad el precepto de referencia. De una parte, la falta de justificación de la existencia de convenio arbitral entre la entidad aseguradora y el asegurado, lo que, según se explica en el Auto, abocaba necesariamente a la directa aplicación del citado artículo 76 e) LCS; y de otro lado, que era el propio asegurado «instante» el que, en el proceso civil subyacente, había solicitado judicialmente el nombramiento de árbitro, invocando «por imperativo legal» el derecho reconocido en el artículo 76 e) LCS. Pues bien, ya anticipo que los argumentos así expresados se han sustentado sobre un equivocado punto de partida, que paso a detallar, a continuación.

En el caso de autos, el proceso judicial subyacente del que trae causa la cuestión de inconstitucionalidad, se inició con la demanda del asegurado instando la incoación de juicio verbal, en solicitud de nombramiento de árbitro judicial para dirimir las controversias

surgidas entre la compañía aseguradora y aquél, como consecuencia del contrato de seguro de defensa jurídica suscrito entre ambas partes. De modo textual y en lo que es sustancial para este caso, destacaba el actor, en el hecho segundo de su demanda, lo que sigue: «siendo voluntad de mi mandante... ejercitar sus derechos vía arbitraje, procede a la vista de la negativa de dicha aseguradora a someterse al arbitraje que tanto la Ley de Contrato de Seguro (art. 76. e)), como en la póliza suscrita, y ante la imposibilidad de consensuar con la contraparte el nombramiento de un árbitro dirimente para solucionar el conflicto surgido entre las partes, mi mandante se ve en la necesidad de acudir al nombramiento judicial de árbitro ante esa Excm. Sala».

Es decir, en su demanda, el asegurado, no sólo invocaba directamente la aplicación del artículo 76 e) LCS, para justificar su pretensión de acudir al procedimiento arbitral para resolver su conflicto con la compañía aseguradora, sino que también hacía expresa mención a la póliza del seguro suscrita para sustentar su pretensión. Además, en el fundamento de Derecho segundo de aquel escrito, ponía de manifiesto que su pretensión de acogerse al arbitraje para resolver el litigio, no sólo era «un derecho subjetivo de naturaleza privada que el asegurado ostenta frente a la compañía aseguradora», sino que además, en un párrafo posterior, hacía mención al artículo 76 f) LCS, que es el precepto que obliga a las compañías a aseguradoras «a recoger el derecho de arbitraje en sus pólizas». Así pues, lo que estaba destacando el demandante, en relación con el sometimiento a arbitraje de las controversias surgidas entre aseguradora y asegurado, con ocasión de la vigencia del contrato de seguro de defensa jurídica suscrito entre ambos, era que la compañía aseguradora tenía que incluir, obligatoriamente y por ley, en la póliza del seguro «el derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia» surgida entre aquéllos.

Ha de repararse al respecto, que el órgano judicial nada dice en su Auto de la mención que la parte actora hacía a la póliza del seguro en su demanda, ni mucho menos hace referencia alguna a la existencia o inexistencia de la cláusula de sumisión a arbitraje, que, de modo obligatorio para la aseguradora, debía figurar incluida en la póliza invocada, porque así lo exige el artículo 76 f) LCS. Antes bien, lo que hace el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su Auto es obviar aquella invocación de la parte actora y limitarse a afirmar que la misma no había justificado la existencia de convenio arbitral entre las partes, por lo que, a falta de dicha justificación, el órgano judicial, haciéndose eco de esa eventual invocación legal obligatoria de la parte, entendía que era directamente aplicable el artículo 76 e) LCS.

A la vista de lo que se acaba de exponer, para justificar la aplicabilidad directa y la relevancia del artículo 76 e) LCS cuestionado, el Auto elude toda referencia a la póliza del contrato de seguro citada por el actor en su demanda y, ni tan siquiera, incluye algún razonamiento que pudiera justificar por qué prescindir del análisis de la póliza era procedente, para llegar a la conclusión de que esta era inaplicable e irrelevante para la resolución del litigio.

A mi entender, el juicio de aplicabilidad directa y de relevancia, construido por el órgano judicial en torno al artículo 76 e) LCS, parte de un doble error:

1. En primer lugar, de un erróneo planteamiento del presupuesto de hecho sobre el que asentó su juicio de relevancia, porque, no es cierto y así queda reflejado en las actuaciones, que el demandante hubiera aludido únicamente a la aplicación obligatoria de este precepto, como fundamento de su pretensión de que fuera nombrado un árbitro judicial, dado que, como se ha expuesto *supra*, también había aludido de modo expreso a la existencia de la póliza del contrato de seguro para justificar aquella solicitud. El órgano judicial, a la vista de lo expuesto por la parte, debería, al menos, haber recabado la póliza del contrato suscrito para verificar si, en la misma, figuraba la cláusula de sumisión a arbitraje y en qué términos se recogía aquélla, para luego formalizar su juicio de relevancia, en función de la interpretación que pudiera haber realizado del contenido de aquella cláusula, habida cuenta, además, de que la misma debía figurar, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 76 f) LCS, en las condiciones generales o particulares de la póliza del seguro.

2. Pero es que, a mi juicio, se constata un nuevo error, en este caso de interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, en el que incurre la Sala de instancia, que resulta aún mucho más trascendente que el anterior para dar respuesta al juicio de relevancia, ahora objeto de estudio.

En efecto, además de haber omitido toda referencia a la póliza del contrato de seguro invocada por el demandante, para haber constatado después si, en dicha póliza, figuraba y en qué términos la cláusula de sumisión a arbitraje, el Auto de planteamiento hace pivotar todo el eje de su argumentación, de modo exclusivo sobre el artículo 76 e) LCS, sometiéndolo a su enjuiciamiento de forma aislada y eludiendo toda referencia a otro precepto de la misma ley, el artículo 76 f), así como a la propia Ley 60/2003, de 23 de diciembre, reguladora del arbitraje, para llegar a la conclusión de que, por no constar la existencia de convenio arbitral entre las partes, el tantas veces citado artículo 76 e) LCS era el directamente aplicable al caso.

Pues bien, si el órgano judicial hubiera comprobado la póliza del contrato de seguro de defensa jurídica, habría visto que, por necesario cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 76 f) párrafo primero LCS, la póliza debería «recoger expresamente», entre otros, el derecho del asegurado a «someter a arbitraje cualquier diferencia» que pudiera surgir entre él y la compañía aseguradora sobre el contrato de seguro. Es decir, a los efectos que ahora analizamos, lo relevante era que, necesariamente, en la póliza debería contenerse una cláusula que cumpliera con esta obligación legal y que, por tanto, no podía prescindirse de ella, ni omitir su existencia a la hora de hacer el juicio de relevancia previo al planteamiento de la cuestión.

Pero es que, a mayor abundamiento de lo hasta ahora expuesto, una lectura detenida de los citados preceptos de la Ley de contrato de seguro y su puesta en relación con la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, reguladora del arbitraje y, de modo particular con el artículo 9, apartados primero y segundo de esta, permiten, con toda evidencia, llegar a la conclusión de que aquella póliza, cuyo análisis fue omitido por completo por la Sala de instancia, sí que era realmente relevante para la resolución del litigio o, al menos, si no lo era, el órgano judicial debería haber razonado por qué no se atendía a la misma, como paso previo a justificar la aplicabilidad directa del artículo 76 e) LCS al caso concreto.

A este respecto, hay que tener en cuenta que el contrato de seguro de defensa jurídica, encuadrado dentro del ámbito más general del seguro de daños aunque con entidad propia, se configura, en realidad, como un contrato de adhesión, toda vez que el asegurado, cuando lo suscribe, se obliga a aceptar las condiciones generales y particulares de una póliza de seguros que figuran en el conjunto que le ofrece la entidad aseguradora, entre las que, por imperativo legal ex artículo 76 f) LCS, se ha de encontrar la cláusula que recoja el derecho del asegurado a someter a arbitraje las diferencias que tenga con su aseguradora por razón del seguro concertado.

Pues bien, si esto es así, el artículo 9.1 de la Ley 60/2003, de arbitraje, que regula «la forma y contenido del convenio arbitral», permite que dicho convenio arbitral pueda «adoptar la fórmula de cláusula incorporada a un contrato o... acuerdo independiente» con expresión de la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que surjan o puedan surgir entre las mismas, respecto de la relación jurídica que mantengan entre aquellas. Es decir que el convenio arbitral puede revestir la fórmula de una cláusula incorporada a un contrato.

Pero es que, de otro lado, el apartado segundo de este artículo 9, de modo específico, alude a los contratos de adhesión y dispone que «si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio se regirá por lo dispuesto en las normas aplicables a dicho contrato». Es decir, que la norma legal, haciendo una especie de «bucle», se remite de nuevo a la regulación de los artículos 76 a) y ss. de la Ley 50/1980, de contrato de seguro, en la que, precisamente, se incluye el artículo 76 e), que contempla como derecho del asegurado el sometimiento a arbitraje de las cuestiones que se susciten con el asegurador sobre la efectividad del contrato de seguro de defensa jurídica y que este derecho, ex artículo 76 f), debe figurar en el contrato de seguro.

Del análisis conjunto de los preceptos citados, es posible deducir con facilidad la conclusión de que, en el caso de autos, el presupuesto de hecho del juicio de relevancia pasaba necesariamente por el análisis previo de la póliza del contrato de seguro de defensa jurídica que había suscrito el demandante-asegurado con la compañía aseguradora. El órgano judicial ha omitido toda referencia a dicha póliza así como al examen de su clausulado, ha eludido todo razonamiento de por qué excluye la cláusula de sumisión a arbitraje que, obligatoriamente, debía recoger aquella cuando, como se desprende del análisis de los preceptos citados, la formalización del convenio arbitral en este tipo de contratos de adhesión se configura formalmente como una cláusula dentro de aquellos contratos.

En consecuencia, según mi criterio, era la póliza del contrato de seguro suscrita la que, de modo directo, debería haber sido el presupuesto de hecho para construir el juicio de aplicabilidad y de relevancia para la resolución del caso, toda vez que, lo que el asegurado reclamaba era el nombramiento judicial de árbitro, con apoyo, según refiere en su demanda, en el artículo 76 e) LCS, pero, también, y esto es lo relevante, en la póliza del contrato de seguro que tenía suscrito con la entidad aseguradora. Para justificar la aplicabilidad y relevancia directa del artículo 76 e) LCS al caso, el órgano judicial debería haber razonado por qué no tenía en cuenta la póliza del seguro suscrita y el clausulado de la misma, lo que no hizo aquél.

En definitiva, la cuestión de inconstitucionalidad debería haber sido inadmitida por no haber justificado debidamente el juicio de relevancia.

II) Cuestión de fondo.

1. Para el hipotético supuesto de que el juicio de relevancia realizado en el Auto de planteamiento de la cuestión hubiera superado los límites exigidos por la doctrina de este Tribunal para estimar debidamente cumplimentado el presupuesto procesal, he de anticipar ya que, en lo que atañe al análisis de fondo de la problemática constitucional suscitada, la sentencia debería haber sido desestimatoria, de ahí que mi voto en el Pleno fuera, también, discrepante respecto de la cuestión de fondo suscitada. He de significar igualmente, que, con independencia de los argumentos que, a continuación, voy a exponer, me adhiero también a los fundados razonamientos que, en igual sentido discrepante, han formulado otros dos colegas del Pleno, en sendos votos particulares, cuyo eje discursivo igualmente comparto, aunque hayan centrado sus razonamientos en otros aspectos de la problemática constitucional aquí suscitada. En todo caso, quisiera reiterar, nuevamente, mi respeto a la decisión de la mayoría.

2. Según mi parecer, nada hay que objetar al análisis detallado de los antecedentes legislativos y a la descripción de la doctrina reiterada de este Tribunal, que se contiene en los fundamentos jurídicos 1 a 3 de la Sentencia aprobada por la mayoría. Por mi parte, suscribo plenamente la doctrina general que, sobre la aplicación del régimen del arbitraje, hace la sentencia, dado que, en efecto, responde al criterio de que la sumisión al convenio arbitral debe ser voluntaria por ambas partes litigantes y no sólo por una de ellas. Este es, además, el sentido de nuestra regulación sobre el arbitraje, que contempla la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, toda vez que, si no existe voluntaria sumisión por ambas partes al régimen del arbitraje, existirá una clara vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, en la medida en que la impugnación del laudo arbitral en la vía judicial únicamente es posible por motivos formales (título VII de la Ley 60/2003), pero en ningún caso de fondo. En consecuencia, no es aquí en donde se encuentran mis discrepancias con el parecer de la mayoría, que, a mi modo de ver, son de todo punto correctas.

Mi discrepancia con la Sentencia de la mayoría radica en las consideraciones efectuadas en los fundamentos jurídicos 4 y 5, que son los que conducen a la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad y a la declaración de inconstitucionalidad y subsiguiente nulidad del artículo 76 e) de la Ley.

Cierto es que, como dice la Sentencia de la mayoría, la normativa de la Unión Europea no es parámetro de constitucionalidad para resolver la cuestión y por ello mi argumentación no se apoya en el contenido del artículo 203 de la Directiva 2009/138/CEE, que sólo

utilizaré como mera referencia para analizar la constitucionalidad del artículo 76 e). No obstante lo expuesto, sí que partiré en mi análisis del último inciso del citado artículo 203 de la Directiva que dice textualmente lo que sigue: «el contrato de seguro deberá prever el derecho del asegurado para recurrir a tales procedimientos», en referencia, entre otros, a la posibilidad del procedimiento arbitral, y que, a la consecución de dicho objetivo, responde el contexto normativo en el que figura enmarcado el artículo 76 e) de la Ley 50/1980.

El citado precepto, junto con otros que actualmente configuran la sección novena del título II de la Ley 50/1980, fueron introducidos por la Ley 21/1990, que adaptó al Derecho español la Directiva 1988/357/CEE, luego modificada por la Directiva 2009/138/CEE. Esta sección novena regula una modalidad del contrato de seguro, que es el del «seguro de defensa jurídica», cuyo objeto se describe en el artículo 76 a) y que, en síntesis, tiene por fin vincular al asegurador a sufragar los gastos en que haya podido incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, así como a prestarle los servicios de asistencia jurídica que se describen en el precepto.

Se trata, además, de un seguro que debe ser suscrito por asegurador y asegurado mediante un «contrato independiente» [art. 76 c)], si bien puede estar incluido en capítulo aparte, dentro de la póliza de otro seguro, como pueda ser el de responsabilidad civil o cualquier otro. Hay que tener en cuenta, como veremos más adelante, que la naturaleza jurídica de esta modalidad contractual, como una expresión más de los denominados «contratos de adhesión», justifica la legitimidad del establecimiento de una mayor intensidad de la intervención legislativa en este tipo de contratos, precisamente para la preservación del equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en la medida en que la posición de partida de una de ellas, la que ocupa la entidad aseguradora, es prevalente sobre la otra que ocupa el asegurado, que, de aceptar la suscripción de un contrato de estas características, se ve compelido a aceptar y a adherirse a las condiciones generales y particulares que establezca aquella. A lo expuesto habría que añadir que el perfil general del asegurado resulta coincidente con el de un consumidor o usuario de esta modalidad de servicios, por lo que el deber constitucional impuesto por el artículo 51 CE a los poderes públicos para establecer procedimientos especiales que hagan efectiva su defensa, constituye además un principio rector de la actuación de aquéllos, que debe ser tenido en cuenta.

Por tanto, sobre la base de los razonamientos sintéticamente enunciados apunto ya la tesis de que, en tales casos, no sólo es razonable sino que además así lo impone el texto constitucional, los poderes públicos y, de modo particular el legislativo, deban establecer medidas que tiendan a la protección de los derechos e intereses legítimos, en este caso de los asegurados en cuanto consumidores y usuarios de servicios que son, así como que algunas de aquellas medidas se encaminen al reconocimiento de determinados derechos al asegurado, que modulen la posición dominante inicial del asegurador durante la vida de la relación contractual.

Por consiguiente, he de anticipar ya que, desde mi particular posición, el principio de autonomía de la voluntad no puede regir en toda su plenitud dentro de esta modalidad contractual, precisamente porque las posiciones iniciales de las partes no se encuentran en una situación de equiparación. A mi modo de ver, el legislador puede matizar aquella libertad contractual y establecer determinados límites a los derechos de una de las partes, la que representa la entidad aseguradora, en beneficio de la que ocupa inicialmente una posición contractual más desventajosa, que en este caso, es la del asegurado.

3. Pero, ahondando aún más en el análisis de la naturaleza de los contratos de seguro, hay que tener en cuenta que todos ellos se inscriben dentro de la denominada categoría de los «contratos de adhesión», que son aquellas modalidades de contrato que contienen un clausulado, redactado por una de las partes sin intervención de la otra, que solo son suscritos, si la que no ha participado en la redacción se limita a manifestar o no la aceptación de aquellas estipulaciones y de adherirse o no al contrato. En consecuencia, la autonomía de la voluntad de la contraparte (el asegurado, en este caso) queda reducida

a su mínima expresión, ya sea la simple aceptación, ya limitada, en el mejor de los casos, a pequeñas modificaciones del articulado, debiendo en lo demás adherirse plenamente a lo previamente redactado.

Es, por ello, evidente que, en estos contratos, las partes no pactan en igualdad de condiciones; para la que se adhiere al contrato, la autonomía de su voluntad queda limitada a la mera «libertad de contratar», es decir a decidir si acepta o no la suscripción del contrato, pero carece de auténtica «libertad de contratación», es decir, se ve impedida de poder influir de manera decisiva en el contenido y regulación de la relación jurídica que entabla.

Estas modalidades contractuales encierran un contenido integrado por un clausulado que aparece enmarcado en un documento, la póliza, que engloba unas condiciones generales y particulares, a las que el adherente, que no se encuentra en idéntica posición jurídica que la de la Entidad Aseguradora, queda sujeto a un régimen jurídico cuyo principal riesgo para aquél es el de la existencia de posibles abusos por parte del oferente, habida cuenta de que los adherentes, generalmente consumidores que carecen de los conocimientos jurídicos necesarios, necesitan de una especial protección que, de alguna manera, restablezca el equilibrio entre las partes del contrato y garantice la efectividad de los derechos que les son reconocidos. Precisamente, tal reconocimiento de la realidad contractual justifica que el legislador deba tener en cuenta estas consideraciones y, por ello, que establezca, como así lo hizo con la modificación introducida en 1990, una serie de medidas en la Ley de contrato de seguro, tendentes a corregir esa desigualdad y a evitar eventuales abusos graves por parte de las aseguradoras en el ámbito contractual de referencia.

Pues bien, es de este entorno socio-jurídico del que debiera haber partido el Tribunal para realizar el enjuiciamiento constitucional que ha solicitado el órgano cuestionante, teniendo en cuenta, además, que la principal preocupación del legislador, luego de la aparición de esta modalidad de contratación por adhesión, ha sido la de ofrecer mecanismos para la adecuada protección de los consumidores, como parte más débil y necesitada de protección.

4. Situados, pues, en este ámbito de relaciones jurídico-económicas, tanto el artículo 76 e) LCS, declarado inconstitucional y nulo por la Sentencia, como también el precedente artículo 76 d) LCS, no impugnado, que reconoce al asegurado el derecho de libre elección de los profesionales que le defiendan y representen en los procedimientos en que aquél se vea involucrado, así como en los conflictos que puedan surgir entre las partes del contrato, responden precisamente a esta idea de restablecimiento del equilibrio de las partes del contrato, luego de la constatación de un punto de partida contractual claramente ventajoso para el oferente, en este caso la entidad aseguradora, que es la que establece el condicionado general y particular de los contratos de seguro que ofrece.

En mi opinión, la constatación de que, en este concreto marco de las relaciones contractuales, no existe punto inicial de equilibrio ni igualdad entre las partes y de que, por tanto, surge la necesidad de salvaguardar la posición de una de ellas, la que se adhiere al clausulado de la póliza y necesariamente debe aceptar el conjunto de las mismas, constituye un interés legítimo que es preciso preservar, lo que justifica la intervención del Estado y la necesidad de que pueda limitar, con criterios de proporcionalidad, el principio de libertad contractual y de libre prestación del consentimiento que, por otro lado, debe regir, de modo general, en las relaciones *inter privatos*.

A tal finalidad responden ambos preceptos citados, como también el artículo 76 f) LCS, que no se cita, ni en el Auto de planteamiento, ni tampoco en la ponencia, pero que, a mi entender, debería haber sido esencial para la resolución de este proceso, porque es el que cierra el marco normativo de intervención del Estado en la salvaguarda del principio de equilibrio entre las partes dentro del contrato de referencia. En efecto, este artículo dice en su párrafo primero que «la póliza del contrato de defensa jurídica habrá de recoger expresamente los derechos reconocidos al asegurado por los dos artículos anteriores», que son los dos derechos que he destacado anteriormente, es decir, de una parte, el de la libre elección por el asegurado de abogado y de procurador en los términos anteriormente

enunciados, y, de otro, el derecho «de someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro», que es precisamente el recogido en el artículo 76 e).

Llegados a este punto y teniendo en cuenta el presupuesto del que se parte en este particular espacio de las relaciones contractuales, la pregunta a contestar podría formularse del siguiente tenor: ¿Puede sostenerse una vigencia plena del principio de autonomía de la voluntad, que lleve, en este ámbito, a la posibilidad de preservar a toda costa la tesis de la libertad absoluta entre las partes, hasta el punto de que, como consecuencia de los conflictos de intereses que puedan surgir durante la vigencia del contrato, las partes deban solventar sus diferencias acudiendo, sólo de común acuerdo, al sistema alternativo arbitral de solución de sus diferencias?. La respuesta afirmativa a esta cuestión ha sido la que ha sostenido la mayoría del Tribunal, por haber entendido que el precepto cuestionado ha vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, en la medida en que, para una de las partes, la asegurada, era un derecho subjetivo reconocido por el legislador, mientras que para la otra, la de la entidad aseguradora, era un deber de obligado cumplimiento impuesto *ex lege*.

A mi modo de ver, que disiente del de la mayoría del pleno, hay que partir de una respuesta negativa a la pregunta formulada, porque entiendo que la cuestión suscitada guarda íntima conexión con el planteamiento doctrinal antes expuesto sobre el desequilibrio inicial que se aprecia en las posiciones de las partes, dentro de los contratos de seguro de defensa jurídica, en tanto modalidades específicas de los contratos de adhesión. A mi juicio, la posibilidad de introducir por parte del legislador determinadas medidas limitativas al principio de autonomía de la voluntad, que tiendan a restablecer el equilibrio entre las partes halla, con carácter general, su justificación en la necesidad de preservar los derechos e intereses legítimos de la parte que se ve obligada a aceptar, si quiere suscribir un contrato de esta naturaleza, las condiciones que le ofrece la contraparte. Considero, pues, que el legislador está facultado para arbitrar aquellas medidas, en forma de reconocimiento de determinados derechos a la parte asegurada, que modulen y limiten la posición inicial de ventaja que encarna la entidad aseguradora.

Ahora bien, la respuesta a esta pregunta inicial abre la puerta a una segunda cuestión, que cabe formular en este caso del siguiente modo: ¿hasta qué punto tal posibilidad de limitación de derechos o de las facultades de la Aseguradora establecida por el legislador, puede llegar al extremo de la restricción de alguno de sus derechos fundamentales, en este caso de su derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE?, dado que, como ha destacado la doctrina reiterada de este Tribunal que se recoge en la Sentencia, el obligado sometimiento a arbitraje de la aseguradora cuando el asegurado pretenda ejercitar su derecho *ex lege* a someter a esta forma de resolución de conflictos sus diferencias con aquella, vulnera el derecho de esta última a la tutela judicial efectiva.

Para resolver esta pregunta, es preciso atender a la regla del principio de la proporcionalidad de los sacrificios y a la determinación de si es posible hallarnos en un supuesto de limitación de derechos fundamentales que responda a los tres requisitos que suponen, en acuñada doctrina de este Tribunal, la aplicación del mencionado principio.

A mi entender, la restricción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la entidad aseguradora, recogida, además de en el artículo 76 e), sobre todo en el siguiente artículo 76 f) LCS, obedece a un fin constitucionalmente legítimo, ya enunciado anteriormente, como es el de defender y proteger al asegurado en cuanto consumidor o usuario de un servicio que le cubre de un determinado riesgo, así como, también, el de restablecer el inicial desequilibrio de las partes en este tipo de contrato de seguro, en el que el asegurado parte de una situación inicial de desventaja con relación a la contraparte, la entidad aseguradora. Tal restablecimiento se lograría con el reconocimiento de dos derechos al primero, uno de los cuales era el de poder acudir a un mecanismo alternativo al judicial para la solución de sus conflictos, como era el del arbitraje.

El reconocimiento de dicho derecho, a mi modo de ver, era adecuado al fin perseguido, habida cuenta de que constituía un instrumento ágil y rápido para la solución de los conflictos, generalmente económicos como era el de autos, entre ambas partes. Piénsese,

al respecto, que, en muchas ocasiones, las diferencias entre la entidad aseguradora y el asegurado deben ser solventadas en muy breve tiempo, ante la premura que imponen los plazos procesales para el ejercicio de acciones o de recursos judiciales y el sistema arbitral responde, precisamente, a esta necesidad.

Por otro lado, es cierto que el reconocimiento de este derecho al asegurado, que se traduce en subsiguiente deber de obligado cumplimiento a la otra parte, priva de la tutela judicial a la entidad aseguradora, en la medida en que, como se expone en la sentencia, las posibilidades de impugnación en la vía judicial no alcanzan, salvo las excepciones previstas en el artículo 41 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, a las cuestiones de fondo suscitadas, pero, con ser cierta esta limitación, no se cierra el derecho a la tutela efectiva y a la defensa de sus derechos e intereses legítimos a la entidad aseguradora, que, en todo caso, y a través del sistema de arbitraje, se configura también como mecanismo alternativo de resolución de sus conflictos, al trasladar a un árbitro, tercero imparcial, la decisión sobre la controversia suscitada. No se genera una real y efectiva indefensión en la medida en que, previamente al laudo, es posible llegar a un acuerdo entre las partes, y en todo caso, si este tercero debe emitir un pronunciamiento en forma de laudo arbitral, deberá hacerlo de modo motivado, o en los términos convenidos por las partes (art. 37.4 Ley de arbitraje).

Finalmente, a mi juicio, la medida adoptada por el legislador resultaba también proporcionada a los fines e intereses constitucionalmente protegidos, que han sido expuestos con todo detalle en apartados anteriores, a los que habría que añadir, además, los derechos de los asegurados en cuanto consumidores y usuarios de las actuaciones derivadas de su defensa jurídica en los procedimientos y de la especial protección que el artículo 51 CE impone a los poderes públicos, para establecer procedimientos efectivos en su defensa y protección. Hay que tener en cuenta que, en la generalidad de supuestos que se suscitan en la realidad social, las diferencias entre entidades aseguradoras y asegurados en la aplicación de este contrato de seguro tienen un contenido económico (honorarios de profesionales designados, cuantías de las reclamaciones etc...) y que la posibilidad de acudir a fórmulas de arbitraje ha permitido en los 27 años de andadura legislativa que ha tenido el precepto declarado inconstitucional y nulo, no sólo una agilización de la solución de conflictos con las entidades aseguradoras, sino, lo que es mucho más importante para los asegurados en cuanto consumidores de servicios que son, el efecto derivado de reducir sus gastos de reclamación, toda vez que, a partir de la expulsión del ordenamiento jurídico del artículo 76 e) LCS, la tutela de sus derechos e intereses legítimos se va a ver mermada, habida cuenta de que no va a quedarles más remedio, si la entidad aseguradora no se muestra conforme, que tener que acudir a la vía judicial para dirimir sus controversias, con el coste económico que ello conlleva.

Además, en cierta medida la propia tutela judicial que le queda al asegurado, puede verse también afectada, toda vez que puede desincentivar el inicio de actuaciones judiciales, en la medida en que puede suceder que la cuantía económica de las controversias, puesta en relación con los costes que le puedan suponer al asegurado la defensa de sus intereses, haga que resulte disuasorio el ejercicio de acciones judiciales. De otro lado, ante la necesidad de tomar una rápida decisión sobre ejercitar una acción o interponer un recurso e instarlo así de la entidad aseguradora y oponerse ésta a dar satisfacción al asegurado, tener que acudir a los Tribunales para hacer efectivo, con cargo al seguro de defensa jurídica concertado, el ejercicio de aquellas iniciativas procesales, puede convertir en vano el esfuerzo del asegurado por la defensa de sus intereses. El artículo 76 e) LCS, permitía, vía arbitraje, solventar de modo rápido y sencillo este tipo de problemas procesales porque el árbitro podría haber determinado si era procedente o no la pretensión del asegurado.

Por todo ello, entiendo que el fallo de esta cuestión de inconstitucionalidad debiera haber sido desestimatorio y, en este sentido, emití mi parecer contrario al de la mayoría en el Pleno del Tribunal, que ahora formalizo en este Voto particular.

Madrid, a once de enero de dos mil dieciocho.—Antonio Narvárez Rodríguez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Firmado y rubricado.