

Recibido: 2 abril 2018  
Aceptado: 1 junio 2018

*Arbitraje*, vol. XI, nº 1, 2018, pp. 219–227

## ***Arbitraje y Constitución*** **(Consideraciones en torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018, de 11 enero 2018) \***

Antonio ALBANÉS MEMBRILLO \*\*

*Sumario:* I. Introducción. II. Constitucionalidad del arbitraje. III. En torno a la naturaleza del arbitraje. IV. Sobre la función del arbitraje en la sociedad, aquí y ahora. V. Arbitraje y Derecho de consumo. VI. Las Directivas europeas.

*Resumen:* Aspectos constitucionales del arbitraje

Una nueva sentencia del Tribunal Constitucional español viene a incidir en la necesidad de que exista un acuerdo de voluntades para instaurar un procedimiento arbitral. En esta ocasión, declara inconstitucional el art. 76 e) de la Ley de Contrato de Seguro, referido al seguro de defensa jurídica, que establece el derecho del asegurado a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro. El Tribunal entiende que el citado artículo infringe el art. 24.1º de la Constitución, al privar a una de las partes, concretamente al asegurador, del acceso a la jurisdicción y en consecuencia a la tutela judicial efectiva.

*Palabras clave:* Arbitraje, Constitución, convenio arbitral, arbitraje de consumo, derecho de los consumidores, arbitraje obligatorio.

*Abstract:* Constitutional Aspects of Arbitration

*A new sentence of the Spanish Constitutional Court comes to emphasize the need for an agreement of wills to establish an arbitration procedure. On this occasion, it declares unconstitutional article 76 e) of the Insurance Contract Law, referred to the legal defense insurance, which establishes the right of the insured to submit to arbitration any difference that may arise between him and the insurer about the contract of insurance. The Court understands that the aforementioned article violates Article 24.1 of the Constitution, by depriving one of the parties, specifically the insurer, of access to jurisdiction and, consequently, effective judicial protection.*

*Keywords:* ARBITRATION – CONSTITUTION – ARBITRATION AGREEMENT – CONSUMER ARBITRATION – CONSUMER LAW – COMPULSORY ARBITRATION.

\* *Vid. infra*, pp. 255-278.

\*\* Socio Director. Bufete Albanés & Asociados.

## I. Introducción

El Pleno del Tribunal Constitucional ha dictado una nueva sentencia en relación con el arbitraje, esta vez desde la óptica de la Ley de Contrato de Seguro, más en concreto de su art. 76 e), relativa al contrato de seguro de defensa jurídica, precepto que es declarado inconstitucional por la sentencia al considerar que impone la renuncia de una de las partes del contrato a la tutela judicial contenida en el art. 24 de la Constitución. Dicho precepto establece que

*“El asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro”.* (El subrayado es nuestro, por la especial significación que entendemos tiene esta locución en el debate).

El artículo fue añadido a la Ley de Contrato de Seguro por Ley 21/1990, de 19 de diciembre, de adaptación del Derecho español a diversas directivas europeas, entre ellas la Directiva 2009/138/CEE de la que hablaremos más adelante.

El Auto que plantea la cuestión de inconstitucionalidad, procedente de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal de Justicia de Cataluña, entiende que el citado artículo establece una suerte de arbitraje obligatorio para la aseguradora, considerando que se trata de un derecho del asegurado, quien no se encuentra obligado a optar por este procedimiento, quedando en cualquier caso abierta para él la vía judicial, en tanto que el asegurador no ostenta esta facultad. La vulneración del art. 24.1º de la Constitución se fundamentaría en que la norma cuestionada establece un sistema imperativo para una sola parte en una relación jurídica bilateral, lo que equivaldría a admitir que una de las partes puede imponer a la otra *ope legis* el cauce arbitral, admitiendo *ex lege* la exclusión del derecho a la tutela judicial efectiva para una parte si así lo decide la otra.

La Sentencia del Tribunal Constitucional en Pleno estima la cuestión planteada y declara inconstitucional y nulo el artículo mencionado, pero con cuatro votos reservados, lo que hace a la sentencia digna de análisis doctrinal, pretendiendo ser el presente estudio una humilde aportación para el debate.

## II. Constitucionalidad del arbitraje

Que el arbitraje es compatible con la Constitución es algo que está fuera de toda duda, como el Tribunal Constitucional ha reconocido de forma reiterada (SSTC 43/1988, 233/1988, 288/1993 y 174/1995, entre otras). Es un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes (STC 43/1988) y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros (STC 174/1995). Ha sido calificado como *“equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objeti-*

*vos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)” (SSTC 15/1989, fundamento jurídico 9º, y 62/1991, fundamento jurídico 5º).*

La sentencia recuerda la doctrina constitucional en torno al llamado “arbitraje obligatorio”, trayendo a colación especialmente la sentencia nº 174/1995, de 23 de noviembre, que declaró la inconstitucionalidad del art. 38.2 párrafo primero de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, que imponía obligatoriamente un arbitraje para aquellas controversias que no excedieran de 500.000 ptas. Aquella sentencia razonaba que la autonomía de la voluntad de las partes —de todas las partes— constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial; por tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje.

La sentencia que analizamos ahora se pronuncia en parecidos términos respecto al art. 76 e) LCS. Es un precepto que permite que la solución arbitral quede en manos de uno solo de los litigantes, lo que es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva: Al faltar la necesaria concurrencia de la voluntad de ambas partes, la imposición a una de ellas no se compadece bien con el básico aspecto contractual del arbitraje y con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues la renuncia al derecho de acceso a la jurisdicción proviene de la legítima autonomía de la voluntad de las partes, sin que una de ellas pueda imponer a la otra un procedimiento no querido.

Digamos para empezar que el caso que analiza la sentencia que comentamos no es exactamente un arbitraje obligatorio; el precepto no obliga a las partes a acudir al procedimiento arbitral para dirimir sus controversias, como sí hacía el art. 38.2º Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres. Solo dice que una de las partes —el asegurado— *“tiene derecho”* a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro.

Según la sentencia, el precepto establece un arbitraje en el que sólo hace falta la voluntad de una de las partes para su formalización, por lo que de ejercitar el asegurado su derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador, 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, continúa el Tribunal, el precepto no posee naturaleza imperativa para el asegurado, para quien el arbitraje tan sólo es una vía alternativa a la jurisdicción, siendo para él facultativo optar por dicha vía, sin necesidad de consentimiento del asegurador. La falta de la necesaria concurrencia de la voluntad de ambas partes para someterse a arbitraje y su imposición a una de ellas no se compadece bien con el básico aspecto contractual del arbitraje ni con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En mi opinión y desde la perspectiva de la vigente Ley 60/2003 de 23 diciembre Arbitraje —puesto que de arbitraje estamos hablando—, es evidente

que en el caso del art. 76 e) LCS no existe un convenio arbitral, el cual requiere para su validez la expresión de la voluntad de ambas partes de someter a arbitraje la controversia, lo que no se da en el presente caso, en el que sólo el asegurado expone su voluntad en tal sentido, no haciéndolo el asegurador. Además, el convenio debe constar por escrito, aunque se entiende cumplido el requisito si consta en un intercambio de cartas, telegramas, telex, fax *“u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo”*. Este requisito es de tal importancia, que incluso la Convención de Nueva York de 10 junio 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras establece el reconocimiento por parte de los Estados contratantes (entre ellos, España desde el 29 abril 1977) solo respecto de los acuerdos de arbitraje que consten por escrito. Solo el convenio escrito impide a los tribunales conocer de la controversia mediante el planteamiento de la oportuna declinatoria.

Todo ello nos lleva a afirmar que el art. 76 e) LCS no es que establezca un arbitraje obligatorio; es que ni siquiera instituye un verdadero arbitraje.

### III. En torno a la naturaleza del arbitraje

Un poco de historia puede ayudarnos a centrar la materia, sin necesidad de remontarnos a la polis griega ni al Derecho romano (donde por cierto ya se preveía y regulaba la institución).

El arbitraje aparece en nuestro derecho histórico en el Fuero Juzgo:

*“Ninguno non deve iudgar el pleyto, si non e quien es mandado del príncipe, o quien es cogido por iuez de voluntad de las partes con testimonias de dos ommes buenos, o con tres”*. (Ley 13, libro 2º);

También en Las Partidas:

*“Arbitros en latín, tanto quiere dezir en romance, como juezes avenidores, que son elcgidos e puetos de las partes, para librar la contienda que es entrellos, e ellos son en dos maneras: La una es quando los ommes ponen sus pleytos y sus contiendas en manos dellos, que los oya e los libren según Derecho... e sobre todo deuen dar su juyzio afinado, según entendieren que lo deuen fazer de derecho. La otra manera... es a que llaman en latín arbitrades, que quiere tanto dezir como comunales amigos”* (Partida 3ª, Título IV, Ley 23).

Con estos antecedentes, no es extraño que la Constitución de Cádiz de 1812 recogiera como derecho el poder someter a arbitraje las diferencias existentes entre las personas; en efecto, el art. 280 establecía que

*“No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de Jueces árbitros elegidos por ambas partes”*.

Ni la antigua Ley de Arbitraje de 1953 ni la de 1988 definían al arbitraje como derecho, limitándose a calificarlo como *“institución”*; pero al expresar la segunda que las personas naturales o jurídicas *“pueden”* someter sus con-

troversias arbitraje, es obvio que lo están haciendo. En el mismo sentido la actual Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de arbitraje (art. 9).

Y puesto que la sentencia comentada analiza un precepto de la legislación de seguros, bueno es recordar que el art. 34 de la antigua ley de Ordenación del Seguro 33/1984 de 2 de agosto ya establecía el arbitraje como mecanismo idóneo para resolver las controversias surgidas entre asegurado y asegurador, aunque siempre a través del establecimiento de la correspondiente cláusula compromisoria; también el art. 61 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados aprobado por Real Decreto–Legislativo 6/2004 de 29 de octubre (que era la que estaba en vigor cuando se planteó la cuestión de inconstitucionalidad en el supuesto que comentamos) establecía el mecanismo arbitral, siempre que fuera, naturalmente, voluntario. Y del mismo modo la actual Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades Aseguradoras en su art. 97.4º.

Así pues, no cabe duda de que la voluntad de las partes es consustancial al arbitraje, voluntad que debe quedar, eso sí, clara y terminantemente establecida, puesto que se trata de una renuncia a la tutela judicial de los Tribunales. La sentencia analizada se refiere al "*básico aspecto contractual del arbitraje*, y a la "*legítima autonomía de la voluntad de las partes*", pero acaba atribuyendo al arbitraje la condición de "*equivalente jurisdiccional*", recogiendo reiterada jurisprudencia del propio Tribunal, una calificación que niega tajantemente el magistrado Xiol Rius en el apartado 1 de su voto reservado.

Si el arbitraje está regido por la voluntad de las partes, es claro que nadie está obligado a someterse a él; se trata de un derecho, que se puede ejercitar o no. Si se dice que las partes "pueden", ello significa que si no quieren "no tienen" por qué someterse. Ahora bien, la declaración de un derecho en un soporte documental, ya sea legal o contractual, no convierte sin más a ese soporte en un convenio arbitral. Fue muy denostada en su momento la diferencia que establecía la Ley de Arbitraje de 1.953 entre cláusula compromisoria y compromiso; sin duda se pretendía con ello diferenciar la intención inicial de someter la desavenencia a un tercero, del auténtico compromiso que suponía aceptar lo que éste resolviera. Las leyes de arbitraje posteriores suprimieron esta diferenciación, que dificultaba más que facilitaba la práctica del arbitraje, considerando que una cláusula arbitral suscrita con todas las garantías era suficiente para considerar acreditada la voluntad concurrente de las partes.

Sin embargo, para el autor de estas líneas otra interpretación del art. 76 e) LCS es posible, desde las reglas de la hermeneútica. Es dudoso de que la mera declaración de un derecho de una de las partes en un contrato pueda tener un alcance más allá de su interpretación literal; dicho de otro modo, cabe la duda de que una pura y simple declaración de un derecho para una parte implique de forma automática una correlativa obligación para la otra. No es suficiente con la intención de una sola de las partes de someterse a arbitraje; es necesario que esa declaración unilateral encuentre en la acepta-

ción de la contraparte su perfección. Ello sería, por demás, congruente con lo preceptuado en el art. 1.256 Cc.

En consecuencia, podríamos concluir en que el art. 76 e) LCS lo que contiene es una simple declaración de derechos, carente de obligatoriedad para ninguna de las partes. No es una norma imperativa, sino dispositiva; no es *ius cogens*, sino *ius dispositivum*.

#### IV. Sobre la función del arbitraje en la sociedad, aquí y ahora

Para el Tribunal Constitucional, la declaración de inconstitucionalidad del art. 46 e) LCS procede no tanto por la existencia de un arbitraje obligatorio, como por impedir el acceso a la tutela judicial de Juzgados y Tribunales; justifica, en efecto, la existencia de aquel por la "*plausible*" finalidad de otorgar una especial protección al asegurado en su condición de consumidor; pero esa finalidad, constitucionalmente lícita, no justifica la restricción al derecho fundamental a la tutela judicial. Dicha restricción, según la sentencia, deriva de que el sometimiento 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.

Esta tesis, que arranca de una concepción jurisdiccionalista del arbitraje (al que considera un "equivalente jurisdiccional") es contestada dentro del propio Tribunal Constitucional. Dejaremos al margen, por no ser objeto de este artículo, las disensiones derivadas de la falta de juicio de relevancia para centrarnos en lo que nos interesa: Las razones de la inconstitucionalidad del artículo citado.

El magistrado Sr. Xiol Rius, autor de uno de los votos reservados de la sentencia, atribuye al arbitraje una naturaleza mixta, a caballo entre las doctrinas contractualistas y jurisdiccionalistas. Sin negar la naturaleza contractual del arbitraje en sus orígenes al ser su fundamento la voluntad de las partes, indica que se trata de una institución con contenido propio, pues tiene una naturaleza contractual por sus orígenes y jurisdiccional por sus efectos. Por eso se opone a la sentencia que, en su opinión, está condicionada por una concepción jurisdiccional del arbitraje al vincularlo al derecho a la tutela judicial efectiva cuando viene impuesto por Ley. Para el magistrado, no se tienen en cuenta otros principios constitucionales; así, sostiene que el arbitraje tiene su asiento constitucional no en el art. 24 de la Constitución, sino en el art. 10 que proclama la dignidad y autonomía de la persona. De esta forma, al desvincular al arbitraje del art. 24, le permite considerar la influencia de otros valores constitucionalmente protegidos, como es en este caso la defensa de los consumidores. Este magistrado no discute que la falta de convenio arbitral limite el derecho a la tutela judicial efectiva; lo que dice, citando la Sentencia del Tribunal 11/1981 de 8 de abril, es que cabe preguntarse si la restricción del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva está justificada en este caso, al tratarse en el art. 76 e) LCS de uno de los supuestos en los que, de permitirse el juego de las voluntades particulares, se podría

causar daño a los intereses generales; y llega a la conclusión de que la finalidad de dicho artículo es la de otorgar una especial protección al asegurado en su condición de consumidor. Para este magistrado, exigir el consentimiento del asegurador en el convenio arbitral, supone que 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. Sin embargo, el derecho del consumidor no puede tener tal alcance que haga ineficaz uno de los derechos constitucionales más importantes y trascendentes, como es el derecho a la tutela judicial efectiva.

En este sentido cabe indicar que la sentencia que comentamos declara también que el arbitraje obligatorio para una de las partes resultaría compatible con el art. 24.1º de la Constitución si “en ningún caso excluyera el ulterior conocimiento jurisdiccional de la cuestión y su fin resulta proporcionado y justificado” y en esa línea se ha manifestado el Tribunal Constitucional, que ha estimado que no siempre el arbitraje obligatorio es inconstitucional; ello es así cuando el control judicial sobre el laudo se limita a las garantías formales o aspectos meramente externos, sin alcanzar al fondo del asunto, pero que un arbitraje obligatorio resulta plenamente compatible con el art. 24.1º de la Constitución si en ningún caso excluye el posterior conocimiento jurisdiccional de la cuestión y su fin resulta proporcionado y justificado (SSTC 119/2014, de 16 de julio y 8/2015 de 22 de enero).

Indudablemente, en este caso no existiría infracción de precepto constitucional; pero entonces, podríamos reiterar que no estaríamos hablando de un verdadero arbitraje, ya que éste supone una absoluta renuncia a la intervención jurisdiccional, salvo en lo que atañe a los aspectos formales, que es lo que da lugar a la anulación del laudo; un convenio o acuerdo arbitral que no excluya absolutamente la intervención jurisdiccional sobre el fondo no es propiamente un arbitraje. Será otra cosa, pero nunca un arbitraje.

## V. Arbitraje y Derecho de consumo

Quizá sea oportuno recordar en este punto que el arbitraje de consumo nunca ha sido considerado propiamente un arbitraje. En la Disposición Adicional Única de la vigente Ley de Arbitraje se atribuye a ésta el carácter de supletoria respecto del arbitraje instaurado en la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, al igual que hizo la anterior Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje; ello implica la consideración del arbitraje de consumo como un arbitraje impropio.

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios introduce un procedimiento para resolver las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios, al que con más voluntad que rigor científico denominó “*sistema arbitral*”, pero que en realidad no puede ser considerado como un arbitraje y ello por las siguientes razones:

No hay libre elección de árbitros. El art. 57 de la Ley establece que los órganos arbitrales estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones Públicas.

Es un sistema resolutivo de conflictos, pero debe ser desarrollado por el Gobierno por vía reglamentaria.

Y lo que es más importante, se establece que la sumisión al Sistema Arbitral de Consumo es voluntaria, debiendo constar expresamente, por escrito, por medios electrónicos o en cualquier otra forma admitida legalmente que permita tener constancia del acuerdo.

Curiosamente del texto refundido ha desaparecido la referencia que hacía al primitivo texto de la Ley 26/1984, de 19 de julio a que “El sistema se instaurará sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial, *de acuerdo con lo establecido en el art. 24 de la Constitución*”.

No obstante, desde el momento en que se establece que la sumisión debe ser voluntaria, se derrumba el argumento de que el art. 76 e) LCS es un arbitraje de consumo, al no ser voluntaria su aceptación por al menos una de las partes.

## VI. Las Directivas europeas

A mi juicio, todo proviene de un error en la transposición de la Directiva 2009/138/CEE de la que proviene la incorporación del precepto citado, a pesar de que el Abogado del Estado en la cuestión de constitucionalidad solicite la desestimación de la misma por entender que el precepto supone la adecuada transposición de la Directiva.

“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 a recurrir a tales procedimientos”.

Se trata de una norma que proviene a su vez de la Directiva 87/344/CEE, en cuyo art. 6 se decía:

“Los Estados miembros adoptarán todas las disposiciones útiles a fin de que, sin perjuicio de cualquier derecho de recurso a una instancia jurisdiccional que eventualmente hubiera previsto el derecho nacional, se prevea un procedimiento arbitral u otro procedimiento que ofrezca garantías comparables de objetividad, que permita decidir, en caso de divergencia de opiniones entre el asegurador de la defensa jurídica y su asegurado, respecto a la actitud que deba adoptarse para la solución del desacuerdo.

El contrato de seguro deberá mencionar el derecho del asegurador a recurrir a tal procedimiento”.

Como se ve, la redacción es prácticamente idéntica y pone de manifiesto cual es el espíritu de esta norma comunitaria: Facilitar a los asegurados en



tanto que consumidores un procedimiento ágil, rápido y sin formalismos para resolver sus diferencias con el asegurador, pero sin que ello suponga una renuncia a la jurisdicción; no de otro modo puede interpretarse la locución "...*sin perjuicio de cualquier derecho de recurso a una instancia jurisdiccional...*".

Sin embargo, en la norma interna que adaptó la Directiva al Derecho español se obvió esta referencia que, de haberse incluido, hubiera evitado problemas de interpretación.

En efecto, la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, que transpone, entre otras, la Directiva 87/344/CEE, de 22 de junio, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica, añade una sección nueva al título segundo de la Ley de Contrato de Seguro, donde se regula este seguro, pero olvidando una parte muy importante del mandato de la Directiva: Que el procedimiento para la solución de los conflictos entre asegurador y asegurado sea compatible con el acceso a los Tribunales. Por eso, el art. 76 e) que recoge ese mandato ahora es declarado inconstitucional.

No otra cosa podía hacer el Tribunal Constitucional; ya se dice en la sentencia que debe dejar aparte "*cualquier cuestión relacionada con el enjuiciamiento del Derecho de la Unión*" (apartado 2 de los fundamentos jurídicos), matizando que no es su función "*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 aquél vulnera o no la Constitución española*". Y acierta plenamente cuando al término de la fundamentación jurídica indica que "*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 art. 24 CE en relación con el arbitraje*".

La declaración de inconstitucionalidad crea una situación complicada, pues la anulación del artículo deja incumplida la Directiva al no preverse en el ordenamiento español "*un procedimiento arbitral u otro procedimiento que ofrezca garantías comparables de objetividad*", lo que deberá hacerse en todo caso "*sin perjuicio de cualquier derecho de recurso a una instancia jurisdiccional*", correspondiendo la iniciativa legislativa al Gobierno, que deberá presentar el correspondiente proyecto de ley para modificar la Ley de Contrato de Seguro en este aspecto.