

Recibido: 2 febrero 2018
Aceptado: 1 junio 2018

Arbitraje, vol. XI, nº 1, 2018, pp. 229–254

El arbitraje de nuevo ante el Tribunal Constitucional ¿cambio de fundamento último constitucional?

Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018, de 11 enero 2018 *

Álvaro SORIANO HINOJOSA **

Sumario: I. El voto particular como expresión de doctrina alternativa: orígenes, inconvenientes y ventajas. II. Exposición somera del caso. III. El fundamento tradicional del arbitraje en el Tribunal Constitucional y sus consecuencias en el caso. IV. ¿Hacia un cambio de paradigma?: La tendencia significativa instaurada por los votos particulares.

Resumen: El arbitraje de nuevo ante el Tribunal Constitucional ¿cambio de fundamento último constitucional?

En el presente estudio, vamos a examinar la Sentencia 1/2018, de 11 enero 2018 dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional. Se produce como consecuencia de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en relación con la posible inconstitucionalidad del art. 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro.

Aunque la Sentencia sigue el camino habitual sobre la naturaleza del arbitraje, calificándola de “equivalente jurisdiccional” nos parece del mayor interés la calificación realizada por los tres Votos particulares, alguno de los cuales, dando un paso más, indica que realmente se trata de fundar el arbitraje sobre el art. 10 de la Constitución, esto es, de forma directa sobre la dignidad de la persona. Lo cual abre nuevas posibilidades para el fundamento último de la institución arbitral.

Palabras clave: ARBITRAJE – CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD – DIGNIDAD DE LA PERSONA – EQUIVALENTE JURISDICCIONAL – SEGUROS – TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – VOTO PARTICULAR.

Abstract: The arbitration again before the Constitutional Court. Changes of the last foundations constitutional?

In this study, we will examine ruling 1/2018 of 11 January 2018 issued by the plenary of the Constitutional Court. It is produced as a result of the approach of a preliminary constitutional ruling

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

** Abogado en Garrigues. Doctorando en Derecho internacional en la UCM.

raised by the Civil and Penal Chamber of the High Court of Justice of Catalonia in relation to the possible unconstitutionality of Section 76 e) of the Law 50/1980, of 8 October, of Insurance Contract.

Although the judgment follows the usual way on the nature of the arbitration, labeling of “jurisdictional equivalent”, seems to us of the greater interest the qualification made by the three dissenting votes, some of which, taking step further, indicates that it is really a matter of founding arbitration on article 10 of the Constitution, that is, directly on the dignity of the person. Which, resolutely opens up, new possibilities for the last foundation of the arbitral institution.

Keywords: ARBITRATION – PRELIMINARY CONSTITUTIONAL RULING – DIGNITY OF THE PERSON – JURISDICTIONAL EQUIVALENT – INSURANCE – CONSTITUTIONAL COURT – DISSENTING OPINIONS.

I. El voto particular como expresión de doctrina alternativa: orígenes, inconvenientes y ventajas

Vamos a examinar en este trabajo una interesante, y creo que importante, Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, en la que junto con los fundamentos de Derecho del cuerpo principal del texto de la resolución, añadiremos un examen detenido de los Votos particulares, especialmente alguno que va a establecer un giro en la fundamentación misma del arbitraje en el texto constitucional, por ser éste el tema que más nos interesa desde nuestra perspectiva.

Sabemos bien que lo que constituye el bloque de la doctrina constitucional emanado del intérprete supremo de la Constitución es el texto de lo que se construye en el juicio de la mayoría. No obstante, la opinión minoritaria, disidente, a través de los Votos particulares, tiene siempre interés porque enriquece la fundamentación jurídica, obliga a una reflexión adicional al estudiar alternativas al discurso habitual y finalmente, cabe recordar que en no pocas ocasiones se han constituido en referencia para los profesionales y la academia.

Sobre la conveniencia y oportunidad de los Votos particulares, de siempre, existe polémica doctrinal, que llega incluso a discutir sobre su propia existencia y benevolencia.

Así, en no pocas ocasiones se consideran formulaciones que disminuyen el valor de la resolución mayoritaria, a la cual, dejan cuestionada. Y por ello mismo, se estima mejor evitar la alternativa que el Voto particular supone, forzando si es necesario el consenso mayoritario para lograr una opinión única o simplemente adoptando como único y mejor el criterio de la mayoría del órgano decisor.

Un ejemplo –y prestigiado– puede ser el del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, donde el Reglamento del Tribunal impide la aportación pública de la opinión disidente o concurrente pero distinta a la del cuerpo principal de la sentencia. Quizás este supuesto sea el resultado que cabía esperar como consecuencia de la idea general de establecer un consenso común entre los propios ordenamientos jurídicos de los países de procedencia, nada menos que 28 Estados miembros cada uno con su Derecho, por lo que se sacri-

fica en ese altar común del consenso cualquier opinión singular. *Nemine discrepante*¹ pues, y se envía así a la comunidad jurídica europea, una doctrina común que luego se replicará en los distintos derechos nacionales.

Ahora bien, en ordenamientos plenamente consolidados, los Votos particulares juegan, por el contrario, un papel interesante y a veces crucial, en el orden de ir mostrando el camino de posibles y fundadas alternativas que se pueden considerar incluso como expectativas de cambio.

Así, en Derecho norteamericano, el Tribunal Supremo de EE UU –en el que se aúnan, visto desde la perspectiva continental, un tribunal constitucional y un tribunal supremo por obra de su propia jurisprudencia a partir del famoso caso sentenciado por el Juez John Marshall, *Marbury contra Madison* (5 U.S. 137 1870)– la idea de competencia entre los propios Jueces, hizo que salieran a la luz las diferencias entre los distintos jueces sobre el asunto a dilucidar. Y es así, frecuente, que no sean unánimes los nueve jueces que conforman este tribunal, sino que sean mayorías los que decidan sobre el caso exponiendo claramente sus disidencias incluso por la mínima (5 contra 4)².

Quizás, hayan sido las del conocido Juez Oliver Wendell Holmes, las más famosas opiniones particulares. Sus votos disidentes son objeto de estudio continuo todavía en las Facultades de Derecho en EE UU, y se siguen reeditando. Y en la estela de esta tradición, sigue este Tribunal mostrando la encarnizada disputa con que se ventilan las mayorías decisorias, que tienen tal repercusión que son frecuentes los análisis incluso mediáticos de tales opiniones disidentes, y desde luego en la doctrina cobran primera importancia³.

¹ Cursivas y subrayados nuestros en todo el texto de este estudio.

² Cass R. Sunstein. (Robert Walmsley University Professor Harvard University) *Unanimity and Disagreement on the Supreme Court*, Posted: 15 Jul 2014. Last revised: 24 Jul 2014. Harvard Law School; Harvard University– Harvard Kennedy School. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2466057> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2466057>. Hay que recordar que en la Constitución de EE UU no se fija el número de jueces, que inicialmente fueron solamente seis, (ley Judicial de 1789 o *Judiciary Act*), luego se subió a siete, más tarde a diez, volvió a bajar a siete y finalmente se consolidó tras una reforma a mediados del siglo XIX.

³ O. Wendell Holmes, *United States Supreme Courts Reports, Cases adjudged in the Supreme Court of the United States (Official Edition Reprint)*. Cleveland– Nueva York, Baldwin Law Books. Co. 1926. Existe una buena colección que las recopila en italiano, Oliver Wendell Holmes. *Opinioni Dissenzienti*, Milán, Giuffrè Editore, 1975. Pueden encontrarse los motivos de su continuo intento de liderazgo en S. M. Novick *Honorable Justice. The life of Oliver Wendell Holmes*, Nueva York, Dell Publishing, 1990, especialmente pp. 241 ss. La tradición particularista que continúa la obra de este “Gran Disentidor” en el Tribunal Supremo norteamericano, se ve muy bien en B. Woodward (el famoso periodista del asunto Watergate) y S. Armstrong, *The Brethren. Inside the Supreme Court*. Avon Books. The Hearst Corporation. 1981, y el extenso volumen de E. Lazarus, *Closed Chambers. The First Eyewitness Account of the Epic Struggles inside the Supreme Court*. Times Books. Random House. New York 1998. Puede consultarse con provecho también el libro de J. Toobin, *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court. (A New York Times Best book of the Year)*. Anchor Books. New York 2008; G.E. White, *The American Judicial Tradition. Profiles of the Leading American Judges*, Oxford– London– New York, Oxford University Press, 1978. Y como conjunto, aparecen los trabajos sobre el papel institucional, diríamos casi político, del Tribunal Supremo Norteamericano, como mostró A.M. Bickel en *The Least Dangerous Branch (With a new foreword by Harry H. We-*

Cierto es que el actual *Chief Justice*, John Glover Roberts, Jr., viene trabajando para lograr el consenso y desde luego, en estos momentos, existe una práctica unanimidad en las resoluciones, superando la importante contribución del *Chief Justice*, Harlan Fiske Stone, quien a partir de los años 40 del pasado siglo, reintrodujo la competencia entre los jueces, que en ocasiones asemejaban como nueve tribunales particulares, cada una correspondiendo a cada juez singular.

Las críticas por falta de estabilidad jurisprudencial basada en que las opiniones disidentes minaban el crédito del Tribunal Supremo, que perdía su carácter de oráculo de la Ley y así sorprendía a la opinión pública al ofrecer el espectáculo de un órgano judicial dividido, se apoyaba en la importante personalidad y liderazgo que provenía desde los orígenes tal como fueron establecidos por el *Chief Justice*, John Marshall, que logró que el consenso fuera la regla general, si bien, sí que hubo claros votos particulares, algunos muy sonados, como el caso *Dred Scott contra Sandford* 60 U.S. 393. 1857, en que el *Chief Justice* Roger B. Taney decidió el caso que daría pie a la guerra de Secesión, asunto que contó con Votos Particulares. Y así otros casos de notoria importancia. El propio juez Marshall emitió, con pudor, algunos votos particulares en sus largos treinta y cuatro años de permanencia en el cargo. Recordemos cómo *Marshall* comenzó con un descargo de responsabilidad:

"I should now, as is my custom, when I have the misfortune to differ from this Court, acquiesce silently in its opinion." So did Joseph Story: "Had this been an ordinary case I should have contented myself with silence; but ... I have thought it not unfit to pronounce my own opinion..." Y Sunstein añade: "Because of his effectiveness in promoting that consensus, Marshall can be seen as a norm entrepreneur, one who was able to succeed in part because of his multiple skills and in part because of his distinctive role as Chief Justice.")⁴

La lógica común apuntaba a que los casos normalmente se decidían por consenso, en una línea minimalista, que evita fricciones y que intentaba enviar el mensaje de que la autoridad de la ley era reconocida por todos al operar siempre de la misma forma, como un oráculo que vía taumatúrgica conectaba con los supremos intérpretes en forma de jueces, que coincidían necesariamente en la única interpretación posible.

Pero eso no se hacía sin críticas. El propio Thomas Jefferson en carta dirigida al Juez del Tribunal Supremo, William Johnson Jr., a quien había de-

llington) Yale University Press 1986 y el clásico de R. Berger. *Government by Judiciary*. Harvard University Press. 1977. Brandeis fue el otro Gran Disentidor si bien, en el citado trabajo de Sunstein, se muestra que Felix Frankfurter, William O. Douglas, William Brennan, o incluso el centrista Louis Powell, hicieron más Votos Particulares. Lo cual nos lleva a valorar la intensidad y calidad del Voto Particular, lo cual ya supone una evaluación diferente, no meramente cuantitativa y ahí, desde luego, la doctrina norteamericana sí es bastante conteste en afirmar la primacía de la posición de Holmes. Acompañado por otro gran Disentidor, Louis Dembitz Brandeis, la pareja formó toda una época en el Tribunal Supremo, y cambiaron la percepción de gran parte de la legislación.

⁴ C. Sunstein, *op. cit.*, p. 16. Lee Epstein *et al.*, "The Norms of Consensus on the U.S. Supreme Court", *Am. J. Political Science*, vol. 45, 2001, p. 382.

signado para el puesto, le decía que con esa práctica de "aceptación silenciosa" (*silent acquiescence*):

"... no one could possibly know "what opinion any Individual member gave in any case, nor even that he who delivers the opinion, concurred in it himself." Jefferson objected that "[t]he practice is certainly convenient for the lazy, the modest & the incompetent," because it "saves them the trouble of developing their opinion methodically and even of making up an opinion at all".

No debe extrañar pues que en 1941, Harlan Fiske Stone el nuevo *Chief Justice* de la era Roosevelt, apostara por introducir competencia entre sus propios Jueces, impulsando los Votos Particulares como muestra de que el liderazgo se reforzaba mediante opiniones libres y fuertes.

Se extraían así todas las potencialidades de la *The Judiciary Act* of 1925 que cambió por completo el proceso ante el Tribunal Supremo. Antes de la misma, el recurso ante esa Corte era, como la casación continental, obligatorio y tenían que oírse todos los casos que legalmente podían llegar ante ella, los cuales, pues, eran muchos y casi siempre sin especial importancia. Después, tras esa reforma, se produjo el *cherry picking* a través de los *writs of certiorari*, eligiendo los casos realmente importantes y que permitan hacer doctrina que luego se aplica en todas las jurisdicciones y por todos los Tribunales de Justicia de cualquier rango gracias al principio del *Stare decisis et non qujeta movere*, que obliga a los tribunales inferiores a seguir fielmente, *ad pedem litterae* la doctrina del Tribunal Supremo. Con lo cual pueden escoger los casos más interesantes, de forma que con esos buenos asuntos pueden reflexionar con tiempo, debatir y hacer buena doctrina, incluso a veces demasiado académica. *The Latin term "stare decisis," literally, "to abide by the decision," is the name given to the Anglo-American common-law doctrine" which states that the holdings of previously decided cases should be followed... The importance of stare decisis in Anglo-American jurisprudence is undisputed*⁵.

Cierto que en Inglaterra, de donde proviene el *Stare Decisis*, es más estricta la vinculación al precedente que en EE UU. Aunque veremos si el cambio importante de los clásicos *Lords of Appeal in Ordinary*, los ancestrales y bien conocidos *Law Lords*, que componían el anterior y tradicional Tribunal Supremo, no se acaba traduciendo con el tiempo en un cambio hacia una mayor flexibilidad en la aplicación del *Stare Decisis*. En efecto, aquel Tribunal Supremo compuesto por Lores de la Cámara Alta, por obra de la *The Constitutional Reform Act 2005* aprobada para adaptar el orden judicial inglés al Convenio Europeo (art. 6, sobre la independencia del poder judi-

⁵ Curiosamente se impone por pura autoridad judicial, (*vid nota siguiente*) ya que *There is no federal statutory requirement of Stare Decisis. Sections 1254 and 1291 of title 28 of the United States Code, which concern review by the Supreme Court on appeal or writ of certiorari, imply only that the Supreme Court may reverse the lower court's decisions or remand with instructions. 28 U. S.C. Gray, "Judicial Precedents.— A Short Study in Comparative Jurisprudence", Harvard L. Rev., vol. 9, 1895, pp. 27 y 35–36 ("[I]t is law in England and in the United States that, apart from its intrinsic merits, the decision of a court . . . is absolutely binding on all inferior courts."*

cial), modificó de raíz la rigidez asociada a la tradición que tenían los *Law Lords* como consecuencia de la fórmula de designación de tales Jueces y Parlamentarios (simultáneamente). Además, se consideró que existían unidos en la persona del Lord Canciller –que era quien los designaba y presidía– poderes judiciales y gubernativos y puesto que también los *Law Lords* pertenecían simultáneamente al Legislativo (Cámara de los Lores) y al Judicial, suponían un cuerpo extraño al principio de división de poderes, esencial para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Probablemente esta modificación de raíz del Tribunal Supremo del Reino Unido, supone una profesionalización tal que el nuevo órgano, *Supreme Court of the United Kingdom* por obra de esa profesionalidad y novedad, tenga una aproximación mucho más adaptativa que la tradicional severidad de los Lores, y por ende, admita cierta flexibilidad en el principio del *Stare Decisis*.

Hay que añadir que en la tradición del Tribunal Supremo norteamericano, también tienen notable importancia las *concurring opinion* en que la coincidencia con el fondo del asunto tal como lo resuelve la mayoría se torna divergencia en las razones y argumentos del cuerpo de su Voto concurrente. De ahí que los analistas no los cuenten como coincidentes con la mayoría en cuanto analizan el sentido de ese Voto. En definitiva, los votos particulares tienen una larga tradición, sostenida en el compromiso con la idea de Justicia independiente y ponen en aprieto al cuerpo de las resoluciones judiciales, que debe pertrecharse de más argumentos para enfrentarse jurídicamente a esos votos particulares.

En nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo la estela marcada en derecho anglosajón, y bajo la tradicional fórmula de Quintiliano *suaviter in modo, fortiter in re*, los votos particulares realmente suelen ser valiosos por la crítica que suponen al cuerpo principal de la Sentencia a la que se incorporan, mostrando alternativas que, de una u otra forma, podrán con el tiempo constituirse en el centro de referencia de la futura evolución de las instituciones enjuiciadas.

Por esta razón nos parece importante la consolidación en España de esta importante tendencia, siendo de valorar los Votos Particulares, tanto en los tribunales ordinarios como, desde luego, en el Tribunal Constitucional.

II. Exposición somera del caso

Por Auto de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se plantea cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 76. e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (LCS en lo sucesivo) por eventual colisión con los arts. 24.1º y 117 CE.

Hay que recordar que el art. 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, LCS, indica lo siguiente:

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

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

Este artículo fue introducido por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre que se dictó 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 y en la actualidad, ha sido recogido en el art. 203 de la Directiva 2009/138/CEE. Y con la transposición de la directiva comunitaria se incorporan tales arts. 76 a) hasta el 76 g), relativos al seguro de defensa jurídica. Nótese que lleva en vigor y aplicándose efectivamente, nada menos que 27 años cumplidos cuando se dicta la Sentencia del Tribunal Constitucional.

Cobra también relevancia el art. 76, f):

“La póliza del contrato de seguro de defensa jurídica habrá de recoger expresamente los derechos reconocidos al asegurado por los dos artículos anteriores.

En caso de conflicto de intereses o de desavenencia sobre el modo de tratar una cuestión litigiosa, el asegurador deberá informar inmediatamente al asegurado de la facultad que le compete de ejercitar los derechos a que se refieren los dos artículos anteriores”.

Como hemos indicado, procede tal novedad de la incorporación de las normas comunitarias europeas. Y en concreto, hoy, por la evolución del propio Derecho europeo, se contiene en el art. 203 de la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 noviembre 2009 que indica:

“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 (algo que conviene subrayar porque tendrá importancia en la crítica que hace el Pleno del TC al planteamiento de la cuestión de constitucionalidad).

Es pues un acto legislativo obligado por imperativo del Derecho comunitario europeo, sin que el legislador español tenga opciones de resistirse a su aplicación, supuesta la conformidad de la directiva con los Tratados comunitarios europeos. Y, como indica el Voto Particular del Magistrado Dal-Re, al que luego nos referimos, “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”.⁶

⁶ Art. 203 de la Directiva 2009/138/CEE Arbitraje (antes estaba recogida en el art. 6 de la Directiva 87/344/CEE, transpuesta también en la citada Ley 21/1990). 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”. El precepto es un ejemplo de libro de la *Nudge Theory* ya que el legislador europeo, la UE, ha actuado como un *choice architecture*, al sugerir, sin imponer, que una fórmula mejor de solventar los asuntos relativos al seguro de defensa jurídica en situaciones como la asimetría entre las partes, sería precisamente la de sugerir o recomendar, que la solución conflictiva se resuelva por vía de arbitraje. No lo impone, es claro. Pero la preferencia revelada de la UE, se decanta claramente por el instituto arbitral, que entiende mejorará las condiciones en que se desenvuelve este tipo de seguro. Se trata de influir sobre el usuario del seguro, no de ordenarle que siga una u

Un asegurado, don M. P. C. interpuso demanda de nombramiento judicial de árbitro para dirimir la contienda existente con su entidad aseguradora en la que puesto que la aseguradora se negaba a someterse a la petición del arbitraje, solicita que el juez proceda a nombrar árbitro mediante el correspondiente sorteo tal como señala la ley de arbitraje. Es importante reseñar que en la póliza suscrita entre el asegurado y la aseguradora se contenía un convenio arbitral que permitía al asegurado impetrar el arbitraje, si bien la inclusión de esta cláusula venía obligada por el art. 76 f) cuya inconstitucionalidad no estaba en liza.

Ante las dudas constitucionales sobre la obligatoriedad del arbitraje y tras escuchar a las partes y al Ministerio Público, se plantea por la Sala la cuestión objeto de la Sentencia. La Sala remitente había hecho un juicio de relevancia en que mostraba las razones por las que el fallo dependería de la solución a esa cuestión constitucional que había planteado. El demandante afirmaba que los preceptos de la ley del seguro sobre defensa jurídica eran una transposición de una norma europea que tiene obligado cumplimiento y que su prevalencia supone que no hay ni que plantear la incompatibilidad con una norma nacional.

Por el contrario, la compañía de seguros demandada, indica que sí procede plantearla ya que : “a su juicio, el precepto choca con el art. 24.1º CE, por las siguientes razones: *a)* 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 *b)* con el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2º CE), en tanto que se impone a la parte un árbitro diferente del juez predeterminado por la ley; y *c)* con el principio de exclusividad de la jurisdicción ordinaria (art. 117.3º 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”.

Naturalmente, la demandada solicitó como pretensión final que se la tenga por comparecida y que, una vez resuelta la cuestión, se denegara la solicitud de nombramiento de árbitro judicial. En el Auto por el que la Sala eleva la cuestión de inconstitucionalidad, se afirma que

otra tendencia litigiosa, ya que entre la jurisdiccional y la arbitral, la elección siempre corresponderá en esta técnica al propio contratante; pero se le exponen y visualizan, como incentivos, las ventajas del arbitraje. *Vid* Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Integrar los *nudges* en las políticas europeas». (Dictamen de iniciativa). (2017/C 075/05). Ponente: Thierry Libaert. Decisión del Pleno. 21.1.2016. Fundamento jurídico. Art. 29, apartado 2, del Reglamento interno. C. 75/28. ES. DO 10.3.2017.

el art. 76 e) LCS establece una suerte de arbitraje imperativo para la aseguradora.

Preventivamente la Sala del TSJ, indica que 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.

En consecuencia, para el TSJ, 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 que verdaderamente cuestiona la constitucionalidad de este artículo de la LCS. Ello, a juicio de la Sala, es contrario a lo dispuesto en los arts. 24.1º CE y 117.3º 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.

Se violan en sentir del TSJ, pues ambos artículos constitucionales, el 24.1º y el 117.3º CE ya que a su parecer, la norma cuestionada:

– Se enfrenta también con el art. 24 CE por establecer la LCS cuestionada “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 se apoya en la STC 352/2006, la cual, recoge la doctrina establecida por la STC 174/1995, en la cual se dice que no se puede exigir un pacto expreso para impedir el arbitraje, porque en tal caso, se supedita el ejercicio de la tutela judicial efectiva que tiene toda parte al consentimiento de la contraparte. Y ello no sería admisible desde la perspectiva constitucional.

–Y, en opinión del TSJ, ataca asimismo este precepto de la LCS a la CE: si se permite que en una relación una parte imponga a la otra el procedimiento arbitral, resulta que sería la propia Ley la que está

atribuyendo, nada menos, que potestad jurisdiccional a los árbitros y excluyendo a los jueces y tribunales. Y eso, lo entiende como un caso claro de imposición de renuncia de jurisdicción, un ataque a la tradicional reserva de jurisdicción que es el elemento clave del poder judicial como tal. Se trata de que no se haga por nadie concurrencia a los jueces y tribunales, que nadie tenga poder de juzgar, entendido desde luego, tradicionalmente. Se trataría de consolidar la reserva de jurisdicción tradicional.⁷

III. El fundamento tradicional del arbitraje en el Tribunal Constitucional y sus consecuencias en el caso

El TC parte de que el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el art. 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. *La tutela judicial efectiva es un derecho prestacional de configuración legal* (es decir, no es un derecho de libertad que se ejercite inmediatamente sin interposición de la Ley). Lo cual supone que su ejercicio y efectividad están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, haya establecido el legislador, que lo hace a través de la legislación que aplicamos cotidianamente (Leyes procesales civiles, penales, contenciosas, laborales, militares, etc.). Aunque naturalmente, sin que tales leyes fijen obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial garantizada constitucionalmente (STC 17/2008, de 31 de enero, FJ 3).

Y sobre esta base, el FJ 3 de la Sentencia que comentamos, indica:

“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 art. 117.3 CE no afecta a la validez constitucional del arbitraje, ni vulnera el art. 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 (art. 24.1º 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

⁷ La cual, estaba pensada desde luego, para evitar la concurrencia de otros poderes. Poderes que eran inicialmente los de la propia Monarquía, en el *Ancien Régime* y luego ya en la época revolucionaria frente al Parlamento y el Ejecutivo. La lucha por lograr el monopolio judicial en la impartición de justicia, es decir, disponer absolutamente de la reserva de jurisdicción, está ubicada en la pugna entre poderes. Pero no tiene que ver con el arbitraje, que surge como una instancia propia en la sociedad civilizada y reconocida ya desde la Constitución de Cádiz. “Capítulo II. De la Administración de Justicia en lo Civil. Art. 280. No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros (así en el manuscrito original), elegidos por ambas partes. *Vid.* S. Muñoz Machado, *La reserva de jurisdicción*, Madrid, Wolters Kluwer, 1989.

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. 24.1º 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. 1.1º 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. 1.1º 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)”.

Por ello, siguiendo esta lógica, cita la STC 174/1995 recaída sobre la Ley de ordenación de los transportes terrestres, que imponía un arbitraje obligatorio e imperativo se estima inconstitucional, sin que el recurso de anulación sea suficiente para impedir llegar a esa conclusión ya que se trata de un “control formal y externo” por contradecir la tutela judicial efectiva. Y así continúa esta STC en este mismo F.J. 3:

“... 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 art. 24.1º 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 extraprocesal 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)]”.

Sobre este punto, que en realidad a lo que remite es a la existencia, cada vez más, de arbitrajes especiales sectoriales (transportes, consumo, ahora, seguros) en los que la naturaleza intrínseca del arbitraje, que pone fin a la controversia y solamente por razones formales (incluida la motivación o el orden público) y no de fondo puede cuestionarse el laudo.

Pero sigamos ahora con la Sentencia.

Inmediatamente después de lo indicado, en una línea clásica, (que no sabemos si en alguna medida es desmentida después por los acontecimientos concretos cuando el TC se encuentra en la disyuntiva de aplicar una norma interna contraria al derecho de la Unión)⁸, se indica por el TC que no le corresponde el examen del contraste de la norma con el derecho europeo, sino solamente con el parámetro constitucional, incluso cuando la norma que se cuestiona que es incompatible con la Constitución tenga su origen en una directiva europea. Y señala la STC que no le incumbe explorar la norma desde el parámetro del Derecho de la Unión.

Lo cual, en términos literales, es estrictamente cierto. Pero no es menos cierto que la totalidad del empleo del Derecho de la Unión en las resoluciones del propio TC, acaba vinculando al TC, como bien demuestra que haya planteado ya cuestión prejudicial en su momento (la dictada en el asunto C-399/11, *Melloni* –EDJ 2013/13021– responde a una cuestión prejudicial suscitada por el Tribunal Constitucional español) y que en esta misma Sentencia que comentamos, también aparezca, como señalan los votos particulares, esa alternativa de dirigirse en cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia⁹. El dualismo tiene su configuración muy especial cuando nos topamos

⁸ R. Alonso García. "Los tribunales constitucionales y el control del derecho interno conectado con el comunitario", *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales*, nº 2, 2005, pp. 153–176.

⁹ Así en el VP., del magistrado Xiol Ríos, Exponendo 3: "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 art. 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". Y añade en el Exponendo 3: "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 art. 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 art. 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 aquella, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento

con el Derecho de la Unión. Entre otras razones, porque no tenerlo en cuenta dentro de ese elemento inspirador a que se refiere la doctrina, bien puede traducirse en una Sentencia constitucional contraria al Derecho de la Unión (lo que obliga a tener en cuenta la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial ante los tribunales europeos previamente a la resolución de la propia cuestión de constitucionalidad)¹⁰. De ahí que esta propia Sentencia traiga a colación una posición del TC que sí tiene en cuenta lo que el Derecho de la Unión significa, al decir: “[I]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)], si bien, “a nuestro parecer no extrae todas las consecuencias de esta posición, yéndose más bien, luego a examinar los límites del legislador en orden a apurar los términos de una norma comunitaria, no los suyos propios”. Y cabe añadir, en términos del propio TC: “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”¹¹.

El Derecho de la Unión Europea, en palabras magistrales del profesor Fernández Rozas, es desde luego, algo más que un mero recordatorio¹². Es a modo de *living Constitution, viva lex* cuyas continuas aplicaciones producen insospechados efectos beneficiosos, en ocasiones ni pensados por sus autores y que se introducen en todos los intersticios de los derechos nacionales en los que fecunda fértilmente con sus principios generales generando nuevos capítulos de derechos que sin la Unión apenas tendrían oportunidad de existir.

La STC que estudiamos, reconoce al inicio las ventajas inherentes a la institución arbitral. Así en el FJ. 4, indica: “...el art. 76 e) LCS,...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

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 art. 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”.

¹⁰ *Op. ult. cit., loc. cit.*

¹¹ Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, FJ 2

¹² J.C. Fernández Rozas. “El 60 aniversario de los Tratados de Roma: algo más que una simple celebración”, *Diario La Ley*, nº 8949, 2017

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”,... para añadir inmediatamente, “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”.

Y por ello concluye lapidariamente su FJ. 5: “En consecuencia, el art. 76 e) LCS es inconstitucional y nulo”. Algo, desde luego, apto para generar un debate.

IV. ¿Hacia un cambio de paradigma?: La tendencia significativa instaurada por los votos particulares.

No se cierra la historia de este peliagudo *iter* con la lacónica respuesta del Tribunal Constitucional. Tres Votos particulares, uno de ellos con adhesión de un cuarto Magistrado, demuestran las dificultades que siguen planteando las relaciones entre el Derecho procesal constitucional y el Derecho Europeo de la Unión. Y que en el caso del arbitraje, vamos a comprobarlo, alcanzan cotas muy altas, en las que por cierto, brillan con fulgor las excelentes argumentaciones de los Magistrados, mostrando, una vez más, la cualificación de nuestro Tribunal Constitucional.

Nos detendremos en esas tres opiniones disidentes.

i) El primer Voto Particular está firmado por el Magistrado. Excmo. Sr. D. Fernando Valdés Dal-Ré, quien por cierto, con ánimo de economía procesal, se adhiere a las razones expuestas en otro Voto Particular, el de don Antonio Narváez Rodríguez, en cuanto a que debió ser inadmitida la cuestión de constitucionalidad propuesta por el TSJ por inadecuada justificación del juicio de relevancia que se le exige a todo juez que eleve una cuestión de constitucionalidad al TC.

E inmediatamente, señala un dato de importancia crucial para el arbitraje como mecanismo único de resolución de controversias a petición unilateral de parte, señalando:

“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 art. 24.1º 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”.

Y añade significativamente:

“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. 24.1º 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 art. 24.1º CE en atención a la introducción, por la denominada Ley de reforma del mercado de trabajo de 2012”. “La implantación por el legislador de una medida de arbitraje obligatorio no resulta, en sí misma valorada, lesiva de los arts. 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”.

Discurre el Voto Particular que solamente si en la LCS la formulación del arbitraje queda estrictamente limitada en el examen jurisdiccional posterior, reduciéndose a un mero control formal, el juicio de relevancia habría estado fundamentado. Lo cual supone, entendemos, que se da por supuesta la posibilidad de que ese arbitraje responda a una formulación especial, no tanto a la ley común del arbitraje donde, efectivamente, el control, teóricamente al menos¹³, debe recluirse en la posible nulidad del Laudo, sin otros añadidos, como vemos que puede suceder en arbitrajes sujetos a legislación especial (arts. 40 ss de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje).

Nos preguntamos por qué no se examinan los límites impuestos en el orden examinador a la Ley de Arbitraje. Y concluye que no es la LCS la que resulta inconstitucional por establecer ese arbitraje unilateralmente impuesto con carácter pues, obligatorio a la otra parte, sino que lo sería en caso de que el Juez se limitara a ese control extrínseco externo de carácter formal en que consiste la anulación de un Laudo según la citada Ley de Arbitraje.

La verdad es que de darse este paso con carácter general, lo que se cuestionará, tanto internamente como en el más amplio ámbito internacional, es la propia existencia del arbitraje como tal. Un arbitraje sometido a evaluación judicial sobre el fondo, resueltamente no es un arbitraje en el mundo del derecho comparado, en la propia génesis del instituto, en su formulación como alternativa seria y definitiva a la tradicional jurisdicción propia del orden judicial. Y no entenderlo así es, con toda claridad, desconocer todo el significado del arbitraje en todo el mundo civilizado. Concluir que el arbitraje es una primera instancia, tras la cual, el juez examinará de arriba abajo el laudo, es, con toda evidencia, negar el arbitraje.

Hay que entender claramente lo que el arbitraje supone, sin prejuicios ni actitudes y aproximaciones previas. Cuyo fundamento institucional radica en la propia autonomía de la voluntad y libertad de la persona y, como se añade en esta STC, también en la dignidad de la persona.

¹³ *Vid.* el excelente severo examen que de una variante jurisprudencial local realiza con su magisterio habitual el profesor J.C. Fernández Rozas. “Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales”, *Diario La Ley*, ISSN 1989–6913, nº 8537, 2015

En todo caso, por terminar con este Voto Particular, el discrepante concluye indicando que al igual que en los laborales, en aquellos en que exista esa asimetría, inequidad entre partes, como sucede en los contratos de adhesión de seguros, debería llegarse a idéntica solución. Quizás, en mi opinión, es este razonamiento final de este Voto Particular el que amerita mayor reconocimiento, puesto que sí que resuelve un punto concreto y singular del establecimiento de un arbitraje obligatorio, a saber, que cuando la inequidad de la relación contractual es patente como consecuencia de la diferencia de poder entre las partes, la famosa asimetría propia de los contratos de adhesión tan estudiados por la doctrina civilista, puede nivelarse el campo de juego, como es propio del Estado social de Derecho, mediante la intervención del legislador. Máxime si, como sucede en este caso, esa Ley es resultado de una Directiva europea, ya que muestra como en toda la UE, el conocido principio de actuación entre partes, *level the playing field* se sitúa como una técnica interpretativa de primer nivel en el examen de las normas reguladoras de la contratación.

ii) El tercer Voto Particular (dejamos conscientemente el segundo para el examen final como luego se explica) lo formula el Magistrado Excmo. Sr. Don Antonio Narvárez Rodríguez en relación con la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad nº 2578–2015, al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. Don Ricardo Enríquez Sancho.

Con abundancia de argumentación, indica esta opinión disidente que el juicio de relevancia sobre la necesidad de que efectivamente había que acudir al TC y que no lo podía resolver por su cuenta el TSJ, estaba mal fundado. Porque en el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad, el TSJ había hecho caso omiso de la póliza, fijándose solamente en la aplicación de la Ley (LCS) siendo así que como la cuestión de constitucionalidad nunca puede ser un juicio abstracto sobre la norma legal cuestionada, que para eso está el juicio de constitucionalidad de las leyes, el juez proponente no justificó en modo alguno que para resolver el caso que se le presentaba debiera proponer una cuestión de constitucionalidad. Y concluye este Voto indicando que está mal planteada la cuestión por el TSJ, que debió antes de nada fijarse en la póliza y comprobar si existía posibilidad de resolver el caso dentro del orden legal ordinario y sin acudir al TC.

Y es que si algún precepto tiene más complicado su encaje constitucional sería aquél que obliga a incluir en un contrato un convenio arbitral y no el que permite que, una vez incluido el convenio arbitral en la póliza, el asegurado pueda invocarlo para eludir el control jurisdiccional.

En resolución pues, indica en este apartado el Voto particular que inequívocamente la cuestión de constitucionalidad no supone un examen abstracto, general, teórico de la norma cuestionada, sino que está previsto para verificar en concreto el silogismo legal aplicable al caso en que surja la duda sobre la cobertura que la ley aplicable da a ese supuesto de hecho. El *Tatbestand* (supuesto de hecho) rige todo el planteamiento de la cuestión, sin que quepa jugar con un supuesto concreto de un caso específico para examinar la gene-

ralidad de la norma tal como se aplica hipotéticamente como regla ordinaria del Ordenamiento. Es un cuestionamiento sobre una base específica, concreta, sin extrapolaciones *hors sujet*, que desbordarían el correcto juego de poderes entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Y por tanto, no cabe plantearla fuera de contexto.

Asimismo, discrepa este Voto particular en el fondo de la resolución de la mayoría. Y parte de los contratos de adhesión para formular su discrepancia por falta real de autonomía de la voluntad y consecuente necesidad de proteger a la parte débil del contrato, el asegurado. Surge así el artículo anulado de la LCS para restablecer el nivel del campo de juego contractual, para reequilibrar a las partes. Lo que lleva al Voto particular a hacer hincapié en el art. 76. f, "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 art. 76 e)".

Ello lleva al Voto a responder negativamente a la pregunta de si en el contrato de seguro se mantiene la autonomía de la voluntad, como sostiene la mayoría; lo que supone que el desequilibrio inicial que se aprecia en las posiciones de las partes. La restauración de ese equilibrio supone (o debería) que el legislador puede incorporar medidas limitativas en forma de derechos reconocidos a la parte débil de la contratación. En el fondo, se intuye que se nos quiere decir, con todo realismo, que si se diera la opción efectiva de que ambas partes, asegurado y compañía de seguros, negociaran en plano de igualdad sobre la posibilidad de incluir este arbitraje, la respuesta, a buen seguro, sería negativa.

Y aquí surge la gran cuestión para este Voto particular, consistente en saber si dentro de esos derechos reconocidos al adherente a un contrato previamente fijado de forma unilateral por la parte fuerte del sinalagma, cabe inclusive limitar un derecho fundamental como es el de tutela judicial efectiva.

El Voto particular parte de la necesaria aplicación del principio de proporcionalidad y de las exigencias jurisprudenciales en orden a aceptar la restricción en los derechos fundamentales.

La tutela judicial aceptaría restricción por atender a un fin constitucional de primera importancia: defender y proteger al asegurado en cuanto consumidor o usuario y también, el de restablecer el inicial desequilibrio de las partes. Y tal reconocimiento, (en lo que nos interesa) se logra acudiendo a una alternativa al orden judicial para solventar los conflictos, como es el arbitraje. Repárese en la interesante aportación, como es la de afirmar que el arbitraje sirve como remedio alternativo para nivelar el campo de juego mediante la protección del contratante débil en un contrato de adhesión.

Y añade el Voto particular algunas de las características propias del arbitraje: celeridad, agilidad, y ¡atención!, añadiendo expresivamente:

“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 art. 41 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. 37.4º Ley de arbitraje).”

Lo que se nos está diciendo, acaso por primera vez al menos de forma tan enérgica y clara, es que el arbitraje sí puede llegar a cubrir las exigencias de la tutela judicial efectiva. “No se genera una real y efectiva indefensión”. Y no se genera porque el Laudo arbitral deberá estar motivado (o en los términos convenidos por las partes). Con brevedad y sencillez, el Voto identifica arbitraje como remedio de la tutela jurídica efectiva. Tutela que no será judicial, pero sí que cabe ya, permítaseme la expresión, la “tutela arbitral efectiva”.

Tanto pues de enorme importancia para la institución arbitral, que recibe así un respaldo, insospechado en las tesis más habituales y que coincide con la notable atención que buena parte de la doctrina internacionalista especialmente, viene haciendo del instituto arbitral. Su reconocimiento como efecto también de la aplicación del principio de proporcionalidad en relación con los derechos de las partes.

Aún más: mayor defensa del arbitraje, incluso dentro del *intus* de la tutela judicial efectiva, se realiza por este Voto particular al final de su excelente aportación, con la que cerramos el comentario sobre esta segunda disidencia, que cobra aún mayor interés si reparamos en que Antonio Narváez Rodríguez es Fiscal de carrera.

Reza así su conclusión última:

“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 art. 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.”

La *dignitas* del instituto arbitral resulta así claramente reforzada. Y nada menos que comparándola con la acción procesal ordinaria mediante acción judicial. Un apunte desde el TC que conviene no olvidar cuando se examinen los fundamentos propios del orden arbitral.

iii) Veamos por último la contribución disidente que realiza el Voto particular del Magistrado de carrera y hoy miembro del Tribunal Constitucional, Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.

Nos interesa enormemente porque va recto y por derecho a confrontar su innovadora tesis con la tradicional del propio Tribunal Constitucional sobre el arbitraje.

Por de pronto, y sin ambages, numera su primer argumento con el radical epígrafe: "El arbitraje es un medio alternativo de resolución de controversias, pero no un equivalente jurisdiccional".

Así, de entrada pues, el desafío intelectual es claro y aparece un reto en la calificación del arbitraje, del que indica que no es un sucedáneo jurisdiccional sino que tiene contenido propio. En este sentido se ha pronunciado parte de la reciente doctrina¹⁴. Los autores, tras recordar que en Derecho comparado la falta de motivación no es contraria al orden público, indican lapidariamente: "12.— En realidad sin embargo ninguna "equivalencia" hay entre el arbitraje y el proceso jurisdiccional, por más que ambos consistan en un ejercicio ordenado de contradicción de partes en igualdad de armas: ni el arbitraje es un proceso jurisdiccional, ni el árbitro forma parte del poder judicial, ni el laudo es expresión del actuar de un poder del Estado, ni el arbitraje se impone a las partes para resolver sus controversias, como se impone el proceso judicial en cuanto monopolio jurisdiccional. Ninguna equivalencia jurisdiccional porque la jurisdicción pertenece al derecho público y el arbitraje al derecho privado, la jurisdicción interesa al orden público, a la organización fundamental de la comunidad política, el arbitraje a la autonomía de la voluntad, al desenvolvimiento de su libre personalidad". Y consolidan esa posición (nº 14 de los epígrafes de su trabajo), precisamente con una extensa referencia al Voto Particular que comentamos.

Son palabras a tener en cuenta, dichas como están, nada menos, que en una Sentencia Constitucional. Lo indica expresamente al decir:

"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."

Y es a partir de ahí, cuando, con fulgor, desarrolla resueltamente el Voto particular la tesis, de sustentar el arbitraje sobre un fundamento más robusto, más solvente y sólido, como es, nada menos, que la propia dignidad de la per-

¹⁴ A. Tejada y J. Juliani, "La anulación de los laudos por insuficiencia de motivación (arbitrariedad). 01 marzo 2018 (<http://www.cremades.com/es/publicaciones/la-anulacion-de-los-laudos-por-insuficiencia-de-motivacion-arbitrariedad/>)".

sona, acudiendo directamente al puntal que le ofrece el art. 10 CE y en relación con el mismo, con claridad, lo dispuesto en los arts. 33 (derecho de propiedad) y 38 (libertad de empresa). Una construcción que emparenta claramente con la aplicación expansiva de la dignidad tal como la desprende del art. 1.º 1., de la *Grundgesetz*, al decir “La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección” según lo ha interpretado, insistimos, expansivamente, el *Bundesverfassungsgericht*.

Conviene destacar que esta importante fundamentación del arbitraje se ha de referir exclusivamente al arbitraje comercial, pero no al arbitraje de inversiones. Éste último difiere del primero en los sujetos, el objeto, el resultado perseguido y las fuentes, estando fundado el arbitraje comercial en la autonomía de la voluntad de las partes y el de inversiones al tratado bilateral o multilateral que las regule y funde. Por ello no cabe que en el arbitraje de inversiones pueda hablarse de que su fundamento estriba en la dignidad de la persona en lo que hace al Estado, desde luego. Y a éste, sí que conviene la aplicación, como explicación última, del “equivalente jurisdiccional” para poder dirimir las disputas que conciernen a los Estados y particulares y evitar la revisión de laudos e injerencias de Tribunales ajenos a la decisión que se tomó entre dos Estados soberanos de dilucidar las disputas entre sus inversores y el Estado, recíprocamente, mediante arbitraje¹⁵.

En efecto, el Tribunal Constitucional alemán utiliza este precepto como cláusula general, recurrente, algo así como la *default option* constitucional¹⁶ de forma que recoge en su construcción y en su aplicación, a falta de otras explicaciones, que son muchas veces artificiosas, el fundamento último de toda la arquitectura constitucional y actúa como soporte final de muchas e importantes instituciones que venían siendo tratadas de forma hábil pero, que no elucidaban su núcleo duro.

¹⁵ STJUE 6 marzo 2018 C 284/16, ¶¶ 55–56:

“No obstante, un procedimiento de arbitraje como el previsto en el art. 8 del TBI se distingue de un procedimiento de arbitraje comercial. En efecto, mientras que el segundo tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes, el primero resulta de un tratado mediante el cual los Estados miembros se comprometen a sustraer de la competencia de sus propios tribunales y, por tanto, del sistema de vías de recurso judicial que el art. 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, les impone establecer en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 27 febrero 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C 64/16, EU:C:2018[...], apartado 34), los litigios que puedan referirse a la aplicación o interpretación de ese Derecho. En estas circunstancias, las consideraciones enunciadas en el apartado anterior, relativas al arbitraje comercial, no son extrapolables a un procedimiento de arbitraje como el previsto en el art. 8 del TBI. En consecuencia, habida cuenta del conjunto de características del tribunal arbitral establecidas en el art. 8 TBI y recordadas en los apartados 39 a 55 de la presente sentencia, procede considerar que, mediante la celebración del TBI, los Estados miembros parte de éste han establecido un mecanismo de resolución de litigios entre un inversor y un Estado miembro que puede impedir que dichos litigios sean dirimidos, a pesar de que pudieran referirse a la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión, de modo que se garantice la plena eficacia de ese Derecho.”

¹⁶ G. Gómez Orfanel, “La dignidad de la persona en la ‘Grundgesetz’”, *Dignidad humana y derecho fundamental* (R.L. Chueca Rodríguez, dir.), Madrid, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2015, pp. 53–79

Y es que en las Constituciones después de la II Guerra Mundial, y con efectos sobre otras más modernas como la nuestra de 1978, el arquetipo mismo de todo el conjunto constitucional es, resueltamente, la dignidad de la persona.

Es decir, no es el art. 24 de la CE sino el 10 CE el que funda el arbitraje con robusto sostén constitucional. E incluso el magistrado Xiol recuerda que es doctrina del propio TC, que haría 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.” (Exponendo 1 de su VP).

En esta línea, acusa a la concepción jurisdiccional del arbitraje de no entender cómo es que gracias al mismo se abandona la jurisdicción, por qué existe sumisión a la autonomía privada, ni la de los propios árbitros para decidir sobre su ámbito de decisión.

Y acusa a esta naturaleza de provocar el rechazo de la mayoría al arbitraje sin tener en cuenta otros principios, como la defensa de los consumidores. Y es que al reducir el arbitraje a una manifestación que expresa la posibilidad de tutela judicial efectiva, es indudable que no hay manera de salir del cerrado círculo, un completo bucle, que hace que o se dan las exigencias propias de la jurisdicción o no hay manera de conseguir superar los límites que necesariamente acompañan a toda jurisdicción. Y entre ellos naturalmente, que se pueda siempre acudir a la misma como remedio a los conflictos, permaneciendo así el arbitraje en una zona de penumbra. Pero es este crepúsculo, con toda claridad, el que se ilumina desde la perspectiva de la dignidad y la libertad, superando así el esquema tradicional que acaba encapsulando el arbitraje como un remedio siempre secundario, subordinado, sin la expresión propia que merece como fórmula propia de la libre expresión de autonomía personal ejercitable incluso unilateralmente cuando la ordenación general arroje serias dudas sobre las posibilidades que ofrece la jurisdicción si se la compara con el arbitraje. Y eso, exactamente, es lo que hacen estos Votos particulares, liberando al arbitraje del rígido corsé jurisdiccional, poco apropiado para resolver determinados asuntos, como muestran las palabras, citadas, de estas Opiniones Disidentes. Recordemos ahora esta clarividente voz (Xiol Ríos):

“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 *mínimum* 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)."

De ahí que vea el arbitraje sustentado como un sistema de resolución de conflictos de *naturaleza mixta*, es decir, basado en el principio de autonomía de la voluntad (art. 10 CE). Habría pues que realizar una ponderación los intereses generales y valores constitucionalmente protegidos, y no contentarse con afirmar y dar por hecho que el convenio arbitral debe ser siempre el resultado de una confluencia formal y actual de las voluntades de las partes.

Una visión compleja, que dé cuenta de la múltiple, variada, compuesta y diversa realidad constitucional y que organice correctamente el equilibrio necesario entre tales principios y valores constitucionales, entre otros en este caso, consumidores, usuarios, reequilibrio de contratos de adhesión, poder diferente y asimétrico en la contratación, proporcionalidad, equidad y resultado justo, por no mencionar sino algunos de ellos que sí se dan cita en este ámbito concreto del precepto que se examina de la LCS, podría dar una solución mucho más ponderada. En concreto, habría permitido entender que es lícito que el Legislador (y máxime si nos encontramos con un *legislador obligado* como es el que transpone una norma comunitaria, como es una Directiva UE) puede entender que el instrumento adecuado para resolver controversias en determinadas situaciones es, con toda claridad, el arbitraje. Y dentro de esa ponderación general, sería posible, perfectamente, que el Legislador, teniendo en cuenta todos esos valores y principios, permita que una cláusula de salvaguarda de la parte débil de la contratación y que permita reequilibrar el campo de juego sería, válida. Arbitraje determinado como opción de garantía para una parte solamente, la más endeble en la contratación, que encuentra así remedio, como ha sucedido durante nada menos que 27 años de aplicación de esa norma.

Romper ese reequilibrio en aras de una supuesta naturaleza jurisdiccional del arbitraje, implica desconocer la complejidad del ordenamiento constitucional y europeo. Supone esa quiebra una aplicación demasiado estereotipada, demasiado sencilla, para un problema tan complejo como incardinar los remedios constitucionales dentro de un orden que tiene que atender evolutivamente a múltiples variables que no se pueden resolver en esa ecuación jurídica de primer grado que se encierra en la fórmula del equivalente jurisdiccional.

Hay que dar el paso evolutivo, en el contexto constitucional, dentro de lo que el arbitraje supone para el constitucionalismo del siglo XXI. Y es que los propios derechos fundamentales, inclusive ellos, admiten con entera naturalidad, limitaciones y ponderaciones (que a veces resultan concretamente del juego combinado de varios derechos fundamentales que coinciden a la vez en una situación, lo que obliga a conjugarlos, lo que conlleva limitaciones mutuas de todos ellos para ofrecer un resultado armónico y equilibrado del conjunto).

Se expresa con toda evidencia en el final del Exponendo 1 de este Voto Particular del Magistrado Xiol Ríos, cuando indica:

“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 art. 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 art. 53 CE impone a toda medida legislativa reguladora de un derecho fundamental”.

Por ello, en esta lógica, puede existir una limitación del derecho a la tutela judicial efectiva de la compañía aseguradora sin que necesariamente tenga que considerarse inconstitucional.

Y la respuesta del VP que analizamos es que de conformidad con la STC 11/1981, de 8 de abril es perfectamente posible esa limitación sin vulnerar la CE. Así recordemos que indicaba 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’»

Este VP, recuerda: “debemos preguntarnos si la restricción del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva que impone el art. 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”.

La respuesta que da, creo que convincente, es que es perfectamente posible para evitar el desequilibrio entre partes. Y ello llega al extremo paradójico de que la declaración de inconstitucionalidad del 76 e) LCS desprotege a la parte débil contratante del contrato de seguro. “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”.

El discurso del VP, continúa más adelante estableciendo la singularidad que supone que el seguro de defensa jurídica frente a terceros, al mismo tiempo, puede envolver controversia con la propia aseguradora. Y ello implica, tanto reconocimiento de la inequidad entre partes por diferencia de fuerza y poder entre la compañía y el asegurado, como la necesidad de un remedio rápido y sencillo, en que la agilidad prime. Lo cual hace concluir que en un Estado social, se supera el aparente igualitarismo contractual entre partes, algo por demás conocido también en las normas de la UE. Y ello supone que no siempre el contenido de los contratos ha de regirse por el principio dispositivo entre partes, sino que la asimetría contractual puede exigir compensaciones, pesos y contrapesos, que implican moderar el contenido de la

autonomía de la voluntad, permitiendo disposiciones legales que también reglamenten los intereses en juego en el campo de los contratos. Pueden existir así, exigencias de nivelación entre partes que impliquen que no cabe la simple y formal expresión de una autonomía contractual, amén de que en el caso de los contratos de seguros, la obligación de incluir en la póliza la posibilidad de arbitraje (por imperativo de la norma ejecutoria de una directiva comunitaria) también supone que la propia compañía aseguradora ha aceptado esa reglamentación de intereses predeterminada, cuando pone el contrato a la firma del asegurado.

Interesa en nuestro estudio de la Sentencia, concluir con las certeras palabras del Exponendo 5 del VP. Indican:

“... 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”.

Esa limitación al examen del arbitraje no es caprichosa. Pues de poco (más bien nada) serviría un arbitraje cuyos fundamentos jurídicos podrían ser revisados de arriba a abajo por una instancia judicial. Una jurisdicción que permitiera esta opción (léase intrusión) podría terminar con la propia institución arbitral. Y es que lo que la STC no se ha planteado, por el mero hecho de plantearse la nulidad del art. 76 e) desde el prisma de la “obligación”, es que ahora se deja en manos exclusivas de la compañía aseguradora la inclusión en sus contratos de seguro (de adhesión) en los que no existe negociación alguna, la posibilidad de que el asegurado puede acudir al arbitraje:

“No deja de ser una ironía que el art. 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”.

Tal como indicábamos, nos parece capital apoyar estas opiniones disidentes, que como votos particulares, tres nada menos, sirven para anunciar que

existen bien fundadas razones para reforzar el estudio del fundamento del arbitraje sobre la dignidad y la libertad. Y saber enmarcar el arbitraje dentro de unos parámetros que no son exclusivamente los que se deducen de calificarlo como equivalente jurisdiccional. Y es que en realidad, esta institución, siempre por descubrir, siempre con ángulos nuevos, supone el refuerzo de la autonomía de las personas, de su dignidad, al final de la propia libertad. Caen los mitos de entender la tutela judicial efectiva del art. 24 como un derecho fundamental ilimitado. A pesar de que existe ya la tradición fundada de que se trata de un derecho prestacional y como tal sujeto a configuración en las leyes, no se han extraído bien las consecuencias prudentes pero claras de una calificación semejante. Y eso, creo, es con exactitud lo que hacen estos Votos Particulares. Quizás anuncien ya un cambio de paradigma, una verdadera mutación constitucional, en la calificación de la naturaleza del arbitraje.

A mi juicio, de ello, ganaremos todos, el interés general, y los propios ciudadanos.

Bibliografía

- ALONSO GARCÍA, R.: "Los tribunales constitucionales y el control del derecho interno conectado con el comunitario", *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales*, nº 2, 2005, pp. 153–176.
- ARMSTRONG, S.: *The Brethren. Inside the Supreme Court*. Avon Books. The Hearst Corporation. 1981.
- BERGER, R.: *Government by Judiciary*, Harvard University Press, 1977.
- BICKEL, A.M.: *The Least Dangerous Branch (With a Nueva foreword by Harry H. Wellington)* Yale University Press, 1986
- EPSTEIN, L. *et al.*: "The Norms of Consensus on the U.S. Supreme Court", *Am. J. Political Science*, vol. 45, 2001, pp. 382 ss.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "El 60 aniversario de los Tratados de Roma: algo más que una simple celebración", *Diario La Ley*, nº 8949, 2017.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales", *Diario La Ley*, ISSN 1989–6913, nº 8537, 2015
- GÓMEZ ORFANEL, G.: "La dignidad de la persona en la 'Grundgesetz'", *Dignidad humana y derecho fundamental* (R.L. Chueca Rodríguez, dir.), Madrid, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2015, pp. 53–79.
- GRAY, J.C.: "Judicial Precedents.— A Short Study in Comparative Jurisprudence", *Harvard L. Rev.*, vol. 9, 1895, pp. 27 ss.
- LAZARUS, E.: *Closed Chambers. The First Eyewitness Account of the Epic Struggles inside the Supreme Court*, Nueva York, Times Books, Random House, 1998.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *La reserva de jurisdicción*, Madrid, Wolters Kluwer, 1989.
- NOVICK, S.M.: *Honorable Justice. The life of Oliver Wendell Holmes*, Nueva York, Dell Publishing, 1990
- TEJADA, A. y JULIANI, J.: "La anulación de los laudos por insuficiencia de motivación (arbitrariedad)", 01 marzo 2018 "<http://www.cremades.com/es/publicaciones/la-anulacion-de-los-laudos-por-insuficiencia-de-motivacion-arbitrariedad/>".

TOOBIN, J.: *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court. (A New York Times Best book of the Year)*, Nueva York, Anchor Books. 2008.

WENDELL HOLMES, O.: *United States Supreme Courts Reports. Cases adjudged in the Supreme Court of the United States (Official Edition Reprint)*, Cleveland – Nueva York, Baldwin Law Books. Co., 1926.

WENDELL HOLMES, O.: *Opinioni Dissenzienti*, Milán, Giuffrè, 1975.

WHITE, G.E.: *The American Judicial Tradition. Profiles of the Leading American Judges*, Oxford–London – Nueva York, Oxford University Press, 1978.