

Jurisprudencia

Reseña jurisprudencial e-Dictum 75

Por María Luisa Sánchez Paredes, profesora doctora de Derecho Mercantil de la Universidad CEU San Pablo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 11 DE ENERO DE 2018 (Cuestión 2578/2015)

Cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro: el precepto impone un arbitraje que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, pues impide el acceso a la jurisdicción de los juzgados y tribunales de justicia, ya que la impugnación del laudo arbitral es únicamente posible por motivos formales, con la consiguiente falta de control judicial sobre la cuestión de fondo.- Votos particulares: el arbitraje no es «un equivalente jurisdiccional», sino un medio alternativo de resolución de controversias, y constituye una institución con contenido propio. La validez del fallo no depende directamente del análisis de la constitucionalidad del artículo 76 e), sino del valor que se reconozca a la cláusula contractual, como tal vinculante para la aseguradora, de reconocimiento del derecho del consumidor al arbitraje, y sobre esta cuestión era indispensable que se hubiera pronunciado la Sala proponente del recurso. No basta con llegar a la conclusión de que cuando el arbitraje no se sustenta en un previo convenio arbitral y no se prevén mecanismos de revisión de fondo del laudo de obligado cumplimiento se vulnera el derecho de acceso a la jurisdicción, sino que debemos preguntarnos si la restricción del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva que impone el artículo 76 e) 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. Con esta Sentencia se origina la paradoja de que la puesta en marcha del arbitraje queda en manos de la aseguradora, pues se exige su consentimiento en el convenio arbitral y, en consecuencia, el derecho del consumidor al arbitraje que le otorga la ley queda condicionado a la voluntad de la parte más fuerte del contrato de seguro, especialmente en el seguro de

defensa jurídica, por cuanto el asegurado depende de su efectividad para la solución de la situación litigiosa en la que está implicado. No puede aceptarse que la lesión del derecho a la tutela judicial se encuentra en la imposibilidad de revisión del fondo del laudo, porque, si ello fuera así, inconstitucional no sería el artículo 76 e), sino en general todo el procedimiento arbitral previsto en la Ley de Arbitraje.

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

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

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

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

c) Por providencia de 5 de marzo de 2015, la Sala acordó dar traslado a las partes y al Ministerio Fiscal, en cumplimiento de lo establecido por el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), por plazo de diez días, para formular alegaciones sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 76 e) LCS, por posible vulneración de los artículos 24.1 y 117 CE. La representación procesal del demandante presentó

escrito instando que se justificase en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Por providencia de 19 de marzo de 2015, la Sala realizó una breve síntesis del juicio de relevancia y señaló que se desarrollaría posteriormente en el auto de planteamiento.

d) La representación procesal del demandante presentó escrito solicitando que se acordase no tramitar la cuestión de inconstitucionalidad, afirmando que el precepto es transposición de una directiva comunitaria de obligado cumplimiento y que, por tanto, prevalece respecto a una posible incompatibilidad con una norma nacional.

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

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

a) Tras aludir al cumplimiento de los requisitos formales necesarios para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, se afirma que el artículo 76 e) LCS establece una suerte de arbitraje imperativo para la aseguradora. Dicha norma fue introducida por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, de adaptación al derecho español de la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios sobre seguros distintos de los de vida y de armonización de los seguros privados y que, en la actualidad, ha sido

recogido en el artículo 203 de la Directiva 2009/138/CEE. Los Estados miembros preverán, con vistas a la solución de todo litigio que pueda surgir entre la empresa de seguros de defensa jurídica del asegurado y sin perjuicio de cualquier derecho de recurso a una instancia jurisdiccional que eventualmente hubiera previsto el derecho nacional, un procedimiento arbitral u otro procedimiento que ofrezca garantías comparables de objetividad. El contrato de seguro deberá prever el derecho del asegurado de recurrir a tales procedimientos.

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

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

b) Señalado lo anterior, el Auto plantea si el artículo 76 e) LCS puede obligar al asegurador por imperio de la ley a someter a arbitraje las discrepancias con el asegurado. De la lectura del precepto se desprende que el asegurado ostenta la facultad de someter a arbitraje sus discrepancias con el asegurador. Se trata de un derecho del asegurado quien no se encuentra obligado a optar por este procedimiento, quedando en cualquier caso abierta la vía judicial. Sin embargo, el asegurador no ostenta esta facultad, que se concede exclusivamente al asegurado en virtud de su situación contractual por ser éste la parte contratante más digna de protección. La norma contenida en el artículo 61 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de

octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de seguros privados, en relación con el artículo 76 e) LCS permite imponer el arbitraje a la aseguradora por la sola y exclusiva voluntad unilateral del asegurado. Ello, a juicio de la Sala, es contrario a lo dispuesto en los artículos 24.1 CE y 117. 3 CE y a la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, y 352/2006, de 14 de diciembre), pues comporta un impedimento para el acceso a la tutela judicial efectiva del asegurador en cuanto prescinde de la autonomía de la voluntad, que constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial, sin que el dato de que los laudos puedan ser revisados judicialmente sea óbice para ello.

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

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

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

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

Señala la Fiscal que el precepto se incardina en el título II LCS, que contiene la regulación de los distintos «seguros contra daños», y concretamente en la sección novena, que se refiere al «seguro de defensa jurídica». El artículo cuestionado regula un derecho que le corresponde en exclusiva al asegurado, y es la posibilidad de acudir, cuando surjan discrepancias en la interpretación del contrato, a la vía arbitral.

Ello supone una intencionalidad del legislador obvia, cual es la de favorecer la vía de composición extrajudicial, con las evidentes ventajas de desahogo de la función judicial. Y también parece evidente que le otorga esta posibilidad sólo a una de las partes, el asegurado, por entender que en esta relación no hay una equiparación de fuerzas entre las partes, siendo preeminente la del asegurador, que pretende compensar el legislador reforzando al asegurado dotándole de esta posibilidad. Lo que hay que examinar es si dichas finalidades son suficientes para limitar el derecho de las partes, en este caso de las aseguradoras, de acudir a los tribunales recabando la tutela judicial.

Con respecto a los debidos juicios de aplicabilidad y relevancia, la Fiscal General estima cumplido el primero y respecto al segundo se pregunta si no existe alguna otra interpretación de la norma distinta. Concretamente, si la interpretación de la norma que realiza el órgano judicial era la única posible o había alguna otra, que por ser conforme con la Constitución, facilitara el mantenimiento de la integridad normativa, sin necesidad de plantearse la posible desaparición del precepto del ordenamiento jurídico. Dicho en términos más rotundos, si frente a la conclusión del Auto de planteamiento de la cuestión de que el artículo 76 e) LCS establece un sistema de arbitraje obligatorio para una de las partes, cabe otra interpretación del precepto que salvaguarde el carácter bilateral del arbitraje. Para responder a esa duda entiende necesario referirse a las razones que llevaron al legislador a regular estos preceptos, que conforman la sección novena del título II LCS, [arts. 76 a)-76 g)].

Este articulado se introdujo por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, de adaptación al derecho español de la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos de los de la vida, y de armonización de los seguros privados, que antes estaba recogido en el artículo 6 de la Directiva 87/344/CEE y ahora se mantiene en su integridad, en el artículo 203 de la Directiva 2009/138/CEE. En esta norma europea no se

establece un sistema de arbitraje obligatorio ni obliga a los Estados a implantar, en beneficio de los asegurados, un sistema unilateral de sometimiento arbitral. Por el contrario, el artículo 203 de la Directiva puede sustentar la interpretación del artículo 76 e) LCS en el sentido de que en el mismo no se reconoce esa facultad exclusiva de una de las partes. Solución esta mucho más acorde con la doctrina sentada por este Tribunal Constitucional respecto al requisito inexcusable para la validez del procedimiento arbitral, de que no suponga privar a ninguna de las partes de su legítimo derecho a la tutela jurisdiccional (STC 174/1995, FJ 3).

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

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

En este sentido, recuerda que la doctrina constitucional concibe el derecho a la tutela judicial como derecho de los particulares a acceder a la prestación de la función jurisdiccional, pero que como tal derecho es susceptible de límites o de imposición de requisitos legales para su ejercicio, aunque estos deben responder no al capricho del legislador, sino a una causa justificada (STC 185/1987, FJ 2). La posibilidad de sustituir la solución judicial por el arbitraje, e incluso fomentarse por el legislador esa posibilidad, no puede considerarse en absoluto una arbitrariedad o un mero capricho. La solución consensuada, tiene notables ventajas valorables socialmente, primero porque es una solución pactada y no impuesta; segundo porque permite desahogar el

ingente volumen de trabajo que asola los siempre insuficientes órganos judiciales; tercero porque permite una simplificación del procedimiento y por último, en el caso que nos ocupa, permite, al favorecer la posición de la parte contractual más débil, un reequilibrio de fuerzas. Es decir que el fomento del arbitraje como forma de solución de conflictos, aunque suponga una «renuncia» al ejercicio de la jurisdicción, es un medio idóneo y desde luego justificado (STC 174/1995, de 23 de noviembre).

La única limitación establecida por el Tribunal Constitucional al instrumento arbitral como sustitutivo de la jurisdicción se sitúa en su propia naturaleza de solución pactada entre partes, de tal manera que es esencial para el Alto Tribunal la autonomía de la voluntad, que entendida negativamente supone que a una de ellas no se le pueda obligar a acudir a esta solución, por lo que tiene de renuncia a un derecho fundamental. Por muy loables que sean las razones para fomentar el arbitraje, estas encontrarán su límite en el propio ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial. Favorecer el uso de las soluciones componedoras entre partes sí es una finalidad loable, pero siempre que tal favorecimiento no llegue a la posibilidad de que se pueda prescindir de la voluntad de uno de los contratantes, por su evidente negación del acceso a la vía jurisdiccional, sin que sea suficiente la posibilidad que regula la ley arbitral de impugnar el laudo arbitral pues el control que se permite es meramente externo, afectante a sus requisitos formales, pero no al fondo.

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

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

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

contravenir tanto el artículo 24 CE como el artículo 117.3 CE.

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

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

Argumenta también el Abogado del Estado que el arbitraje es una institución adecuada a los valores constitucionales. Señala al respecto que la doctrina constitucional ha sentado el criterio de la necesidad de la voluntariedad del arbitraje por ambas partes en el contrato, al menos como requisito general, para poder considerar el arbitraje en sí desde una perspectiva constitucional como una alternativa válida a la jurisdicción de los jueces y tribunales. El arbitraje es un medio para la resolución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, que supone

una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. Pero que a la vez no deja de ser un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que a través de la jurisdicción civil. Con lo cual, no repugna a la conciencia jurídica que en determinados casos en los que el legislador lo entienda justificado (por razón, en el caso, de protección de los consumidores, de mayor fuerza en el mercado a priori de una de las partes, que el derecho trata de atemperar), y otorgue a la parte más débil la facultad contractual de imponer la solución del conflicto surgido mediante la fórmula del arbitraje.

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

La afectación o la modulación implica aquí el dotar a la eventualidad del arbitraje de un carácter obligatorio para una de las partes en el contrato (el asegurador) de avenirse al arbitraje, si la otra (el asegurado) ejerce su derecho, que ha de estar previsto expresamente en el contrato. Pero esta configuración legal del derecho a la tutela judicial la está realizando o verificando el legislador comunitario, aunque sea a través del legislador interno, en cumplimiento éste de la obligación inexcusable a su cargo, derivada de la Constitución, de adaptar la legislación nacional sectorial a la comunitaria.

Para el Abogado del Estado no hay contradicción con valores constitucionales o aspectos nucleares del derecho fundamental en el caso de la regulación del arbitraje en un área conceptual comprendida en el ámbito de competencias atribuido a la Unión. No se produce, por tanto, contravención con lo dispuesto en el artículo 24. 1 y 2 CE, en la medida en que se trata de la afectación a un derecho de configuración legal, y concurre además la atribución de competencias, vía artículo 93 CE, al legislador europeo en la materia.

Menos aún cabría entender que incurre en inconstitucionalidad el artículo cuestionado en relación con el artículo 117.3 CE, ya que este no

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

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

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

Concluye la Abogacía del Estado recordando que las competencias de atribución del legislador europeo pueden abarcar aspectos relativos al derecho de los seguros, de tal forma que el efecto de primacía del Derecho comunitario se hace patente en el caso

concreto, debiendo ser por ello reconocida dicha primacía, cuya eficacia se produce en el Derecho interno español, en lo que respecta al supuesto concreto que nos ocupa, a través del artículo 76 e) LCS. Por todo ello, entiende que la cuestión de inconstitucionalidad debe ser desestimada.

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

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

La Fiscal General del Estado indica que esta posibilidad de formas de composición alternativas exige como requisito sine qua non la voluntad concurrente de las partes, de todas las partes, ya que esa voluntad se configura como la esencia del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de acceder a los tribunales, y por ende el derecho a renunciar al acceso (STC 174/1995). En el caso que nos ocupa, el controvertido artículo 76 e) LCS, establece de manera nítida la posibilidad de que una de las partes, siempre el asegurado, pueda obligar a la otra, siempre la

aseguradora, a acudir a la resolución arbitral. El Ministerio público se plantea si esa imposición de la vía arbitral estaría justificada para conseguir equilibrar las fuerzas entre las dos partes contratantes. La respuesta viene dada por la propia doctrina sentada por el Tribunal, la cual, a pesar de conceptuar la solución arbitral como deseable en muchos supuestos, determina que siempre tendrá un obstáculo en el derecho a la tutela judicial efectiva, en la autonomía de voluntad de las partes. No puede desconocerse el derecho fundamental alegado, aunque la posibilidad de acudir al árbitro se establezca con evidentes razones de mejora social y de mejora práctica.

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

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

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

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

En todo caso la norma comunitaria recogida en el artículo 203 de la Directiva 2009/138/CEE impone la articulación de procedimientos análogos al arbitraje de manera imperativa e impone la necesidad de que el

contrato de seguro prevea el derecho del asegurado a recurrir a tales procedimientos. De ahí que el legislador nacional haya utilizado el término «tendrá» en el artículo cuestionado, cumplimentando así el mandato comunitario.

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

II. Fundamentos jurídicos

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

El precepto cuestionado dispone lo siguiente:

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

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

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

«Artículo 203. Arbitraje.

Los Estados miembros preverán, con vistas a la solución de todo litigio que pueda surgir entre la empresa de seguros de defensa jurídica del asegurado y sin perjuicio de cualquier derecho de recurso a una instancia jurisdiccional que eventualmente hubiera previsto el derecho nacional, un procedimiento

arbitral u otro procedimiento que ofrezca garantías comparables de objetividad. El contrato de seguro deberá prever el derecho del asegurado recurrir a tales procedimientos.»

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

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

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

2. El fundamento de la duda de constitucionalidad planteada estriba en que el legislador español, al trasponer la Directiva 87/344/CEE, ha dispuesto en el

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

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

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

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

Ha de partirse de la idea de que la configuración del arbitraje como vía extrajudicial de resolución de las controversias existentes entre las partes es un «equivalente jurisdiccional», dado que las partes obtienen los mismos resultados que accediendo a la jurisdicción civil, es decir, una decisión al conflicto con efectos de cosa juzgada (por todas, SSTC 15/1987, de 6 de febrero, y 62/1991, de 22 de marzo). La exclusividad jurisdiccional a que alude el artículo 117.3 CE no afecta a la validez constitucional del arbitraje, ni vulnera el artículo 24 CE.

En relación con el sometimiento de controversias al arbitraje, este Tribunal ha reiterado que, si bien el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio. A esos efectos, se ha incidido en que dicha renuncia debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca y si bien, por la protección que se debe dispensar a la buena fe, se ha declarado que la renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, no es lícito deducirla de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar (por todas, STC 65/2009, de 9 de marzo, FJ 4). Esta circunstancia es lo que ha determinado que se haya considerado contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) la imposición obligatoria e imperativa del sometimiento a arbitraje (por todas, STC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3).

Hay que subrayar, como se ha hecho en anteriores ocasiones, que el arbitraje en cuanto equivalente jurisdiccional, se sustenta, en la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral. Es «un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados (art. 1.1 CE)» (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1).

Dicha Sentencia, en su fundamento jurídico 4, resalta la importancia de la nota de voluntariedad en el arbitraje «lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez

elegida dicha vía, ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción —pero no su ‘equivalente jurisdiccional’ arbitral, SSTC 15/1989, 62/1991 y 174/1995— legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del Laudo Arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. Pues como ha declarado reiteradamente este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SSTC 99/1985, 50/1990 y 149/1995, entre otras)».

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

La razón estriba en que ha de entenderse que en el mecanismo arbitral, la renuncia al ejercicio del derecho fundamental proviene de la legítima autonomía de la voluntad de las partes, que, libre y voluntariamente, se someten a la decisión de un tercero ajeno a los tribunales de justicia para resolver su conflicto, y ello, correctamente entendido, no implica una renuncia general al derecho fundamental del artículo 24 CE, sino a su ejercicio en un determinado momento, no quebrantándose principio constitucional alguno (SSTC 174/1995, 75/1996 y 176/1996).

Precisamente por su naturaleza alternativa a la jurisdicción ordinaria, la STC 174/1995 afirmó que el artículo 38.2, párrafo primero, de la Ley de ordenación de los transportes terrestres, que imponía un arbitraje obligatorio e imperativo, excluyente del acceso a la jurisdicción, resultaba contrario al derecho a la tutela judicial efectiva. Allí se afirmó además que «[n]o se opone a esta conclusión el posible control final por los órganos judiciales, a que aluden el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal con referencia al recurso de nulidad del laudo previsto en el art. 45 de la Ley de Arbitraje. La objeción tendría consistencia si dicho

control judicial no estuviera limitado -como lo está- a su aspecto meramente externo y no de fondo sobre la cuestión sometida al arbitraje; pero al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse éstas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo (STC 43/1988 y Sentencias del Tribunal Supremo que en ella se citan) que, como tal, resulta insuficiente para entender que el control judicial así concebido cubre el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE».

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

De este modo un arbitraje obligatorio para una de las partes en la controversia resultaría plenamente compatible con el artículo 24.1 CE si «en ningún caso excluye el ulterior conocimiento jurisdiccional de la cuestión y su fin resulta proporcionado y justificado, ya que no es otro que ‘procurar una solución 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)].

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

Como sucedía en la STC 1/2012, de 13 de enero, FJ 9, el presente proceso no versa sobre la recta aplicación del Derecho de la Unión Europea por los poderes

públicos nacionales, que, como ya hemos declarado anteriormente, es en principio una cuestión que, procesalmente, no tiene rango constitucional (por todas STC 58/2004, de 19 de abril, FJ 10); versa en realidad sobre la recta aplicación de la Constitución, por un órgano constitucional, en el desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea. En consecuencia el objeto del presente proceso no es el Derecho de la Unión Europea, sino el control de la conformidad con determinados preceptos constitucionales, los artículos 24.1 y 117.3 CE, de una norma nacional que traspone el Derecho de la Unión Europea.

No es función de este Tribunal controlar la adecuación de la legislación estatal al Derecho de la Unión. Pero sí lo es, en cambio, dilucidar si el contenido de la normativa interna dictada en aplicación de aquel, vulnera o no la Constitución española. Sobre la compatibilidad constitucional de este extremo, es decir, sobre el desarrollo que el Estado haya realizado de las Directivas 1988/357 y 2009/138, es sobre lo que, desde la perspectiva de una posible vulneración de los artículos 24 y 117 CE, nos corresponde pronunciarnos. No, como parece defender el Abogado del Estado, desde el parámetro fijado por el Derecho de la Unión.

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

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

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

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

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

a un juicio externo (STC 43/1988 y Sentencias del Tribunal Supremo que en ella se citan) que, como tal, resulta insuficiente para entender que el control judicial así concebido cubre el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE».

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

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

Por tanto, la imposición de un arbitraje como el previsto en el artículo 76 e) LCS vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24 CE, pues impide el acceso a la jurisdicción de los juzgados y tribunales de justicia que, ante la falta de la voluntad concurrente de los litigantes, son los únicos que tienen encomendada constitucionalmente la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117 CE). El precepto ha eliminado para una de las partes del contrato la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales, en cuanto fija una vía alternativa excluyente de la jurisdiccional, cuya puesta en marcha depende únicamente de la voluntad de una de las

partes. Como recuerda la STC 174/1995, FJ 3, «la primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella». Por ello, resulta contrario a la Constitución que la Ley de contrato de seguro suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje, denegándole la posibilidad en algún momento de solicitar la tutela jurisdiccional.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por su parte, el párrafo segundo dispone: «la designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada».

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

b) El órgano judicial promotor de la presente cuestión de inconstitucionalidad entiende que el enunciado normativo del artículo 76 e) LCS podría colisionar con los artículos 24.1 y 117.3 CE. Aquel primero por cuanto, al establecer «un sistema imperativo para una sola parte en la relación jurídica bilateral», está admitiendo que «una de las partes ope legis (asegurado) pueda imponer a la otra el cauce arbitral, admitiendo ex lege la exclusión del derecho a la tutela judicial si así lo decide una parte contratante».

En atención a ello, e invocando las SSTC 352/2006, de 14 de diciembre, y 174/1995, de 23 de noviembre, el órgano judicial considera que, de tener que exigirse «un pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial», se supeditaría «el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra y este tener que contar con el consentimiento de la contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión quebrantaría la esencia misma de la tutela judicial». La vulneración del artículo 117.3 CE se produciría, siempre en el decir del órgano judicial, en razón de que la norma que admite el recurso al arbitraje obligatorio, en cuanto éste supone una renuncia a la jurisdicción y conlleva la exclusión de la vía judicial, atribuye ope legis la potestad jurisdiccional a un árbitro, dejando al margen de su ejercicio a los jueces y tribunales determinados por las leyes.

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

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

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

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

no se restringe a un juicio externo, sino que alcanza también a aspectos de fondo de la cuestión sobre la que versa la decisión».

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

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

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

el reseñado precepto no vulnera ninguno de los pasajes constitucionales invocados por el auto de promoción de la presente cuestión de inconstitucionalidad: ni el artículo 24.1 ni el artículo 117.3.

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

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

El primer aspecto a destacar es la falta de correspondencia entre la doctrina constitucional aplicable al arbitraje obligatorio, sustanciada en las SSTC mencionadas con reiteración en el fundamento jurídico 3, y la aplicación que se hace de la misma en la cuestión de inconstitucionalidad a examen. Apartándose del criterio utilizado por las SSTC 119/2014 y 8/2015, la Sentencia no hace el menor esfuerzo por justificar que, en el caso controvertido, la legislación arbitral no consiente un control de fondo respecto de los laudos arbitrales contemplados en el

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

Pero más sorprendente, si cabe, es que, tras haber enunciado una afirmación del tenor expuesto, plenamente ajustada a nuestra jurisprudencia consolidada, la Sentencia no duda en sostener, casi a renglón seguido, que uno de los efectos que derivan del precepto impugnado reside en «impedir a los Jueces y Tribunales conocer del litigio sometido a arbitraje, pues el control judicial del laudo arbitral no comprende el fondo del asunto» (párrafo sexto, FJ 4).

La idea que ahora se defiende entra en directa y frontal confrontación con la sostenida con anterioridad, resultando imposible de compatibilizar las tesis que se mantienen de manera simultánea: si la vulneración del artículo 24.1 CE a resultas de la implantación legal de fórmulas de arbitraje obligatorio trae causa en las restricciones al control judicial, semejantes restricciones no pueden calificarse como un efecto automático derivado de aquella implantación. Una vez más, la doctrina sentada en las SSTC 174/1995, 119/2014 y 8/2015 desmiente de manera rotunda y sin contemplaciones la conexión pretendida entre causa y efecto, pues el establecimiento de fórmulas de arbitraje obligatorio respeta el artículo 24. 1 CE siempre que el control judicial sobre el laudo arbitral pueda afectar a cuestiones de fondo.

3. En el escenario en el que he decidido instalar conclusivamente mi Voto particular, dirigido hacia la argumentación de la sentencia que conduce a la inconstitucionalidad del artículo 76 e) LCS, una última reflexión puede aún resultar de interés. Tal reflexión,

en buena medida paradójica, alude a la relación de correspondencia apreciable entre dos declaraciones contrarias: de un lado, la constitucionalidad del arbitraje obligatorio laboral (art. 82.3 LET), sostenido en las SSTC 119/2014 y 8/2015, y, de otro, la inconstitucionalidad del arbitraje imperativo defendido ahora en la sentencia de mi disenso. En aquellos primeros pronunciamientos, la imposición del arbitraje obligatorio afectaba a la parte tradicionalmente débil de las relaciones laborales: los trabajadores y sus representaciones colectivas, en su condición de sujetos negociadores de la actividad contractual colectiva. En este otro, el derecho a recurrir a fórmulas de arbitraje obligatorio se confirió por la norma impugnada, declarada ahora inconstitucional por la presente resolución, a la parte débil del contrato de seguro de defensa jurídica.

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

Y en este sentido emito mi Voto particular. [...]

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

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

1. El arbitraje es un medio alternativo de resolución de controversias, pero no un equivalente jurisdiccional. Estoy en desacuerdo con la naturaleza que la sentencia de la que disiento atribuye a la institución del arbitraje. Parece considerar que es simplemente un sucedáneo del ejercicio de la función jurisdiccional, «un equivalente jurisdiccional», como así lo denomina, cuando, a mi juicio, como medio alternativo de resolución de controversias constituye una institución con contenido propio.

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

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

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

sobre el ámbito de su decisión sin otro control que el limitado a posteriori.

Probablemente condicionada por esta concepción jurisdiccional del arbitraje la sentencia llega a la conclusión apodíctica de que cuando viene impuesto por la ley lesiona de manera intolerable el derecho a la tutela judicial efectiva; y se abstiene de considerar la posible influencia de otros principios y valores constitucionalmente protegidos, como es en este caso la defensa de los consumidores. En mi opinión, sin embargo, en el arbitraje no debe verse una suplantación de las decisiones judiciales, sino una institución de rango fundamental en un sistema jurídico basado en la libertad, con respecto a la cual la actividad judicial aspira a mantener el minimum de protagonismo, solo el necesario para garantizar la resolución pacífica de aquellas situaciones de conflicto jurídico que el propio arbitraje no puede resolver por sí mismo (bien por ser necesaria una actividad ejecutiva de restricción de los derechos de las partes no consentida por estas, bien por faltar presupuestos o requisitos básicos para la existencia o validez del arbitraje).

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

Nada de ello se ha hecho en esta Sentencia de la que discrepo, en la que simplemente y sin realizar ponderación alguna de los intereses generales y valores constitucionalmente protegidos, se afirma y da por hecho que el convenio arbitral debe ser siempre el

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

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

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

inconstitucionalidad, en los términos en que ésta es definida por el artículo 163 CE [SSTC 87/2012, de 18 de abril, FJ 2; 146/2012, de 5 de julio, FJ 3; 60/2013, de 13 de marzo, FJ 1 b); 53/2014, de 10 de abril, FJ 1 b), y 82/2014, de 28 de mayo, FJ 2 a)]» (FJ 2).

La formulación del juicio de aplicabilidad y relevancia aparece recogida en el RJ 1, apartado 2-C, letra b), del auto de planteamiento, en el que se concluye que «en el suplico de la demanda se solicita el nombramiento de árbitro para el examen de la controversia surgida entre el instante Sr. Prats y la aseguradora REGAL, encontrando su apoyo legal, exclusivamente, en el artículo 76 e) LCS ... La meridiana claridad de la pretensión deducida haría incluso innecesaria cualquier otra argumentación sobre dicho extremo, si bien ha de resaltarse que la pretensión del instante se apoya en la obligación legal que para la aseguradora, a falta de convenio arbitral que conste justificado, impone el artículo 76 e) LCS y del que se deriva que proceda el nombramiento de árbitro sustituyendo la voluntad de la aseguradora para someterse a arbitraje, conforme a lo preceptuado en dicho artículo 76 e) LCS».

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

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

impone a la aseguradora la obligación de insertar en sus pólizas prerredactadas una cláusula en la que se recoja el reconocimiento de tal derecho y en el caso examinado el demandante se funda en el carácter vinculante para las partes contratantes de la cláusula arbitral efectivamente introducida en el contrato por la parte predisponente.

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

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

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

a explicar por qué en este caso estamos legitimados para entrar a conocer de la constitucionalidad de una norma interna, el artículo 76 e) LCS, aun cuando sea el resultado de la transposición de una directiva comunitaria; o, alternativamente, plantear una cuestión prejudicial si consideraba necesario pronunciarse sobre el alcance de la directiva en un punto que dista mucho de ser claro.

No es función de este Tribunal, ciertamente, controlar la adecuación de la legislación estatal al Derecho de la Unión, pero sí lo es, en cambio, dilucidar si el contenido de la normativa interna dictada en aplicación de su competencia, vulnera o no la Constitución Española. Para el Tribunal el artículo 93 CE debe ser considerado como «soporte constitucional básico de la integración de otros ordenamientos con el nuestro, a través de la cesión del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, ordenamientos llamados a coexistir con el Ordenamiento interno, en tanto que ordenamientos autónomos por su origen» (Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2).

Como se dijo entonces, «opera como bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias. De este modo se confiere al artículo 93 CE una dimensión sustantiva o material que no cabe ignorar» (Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, FJ 2). Es por ello «imprescindible una interpretación que atienda a la insoslayable dimensión de integración comunitaria que el precepto constitucional comporta» (Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, FJ 2). Así, una vez producida la integración europea, «la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos» (Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, FJ 2).

No obstante, en el presente caso, este Tribunal es competente para pronunciarse sobre la adecuación del artículo 76 e) LCS a la Constitución Española. Así es porque la primacía no tiene un alcance general, sino que se encuentra referida exclusivamente a las competencias propias de la Unión (Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, FJ 3, respecto de la

non nata Constitución europea). Es decir, opera respecto de las competencias cedidas a la Unión por voluntad soberana del Estado. Como pone de manifiesto el órgano judicial en el auto de planteamiento de la cuestión, la primacía del derecho comunitario alegada por el demandante no es argumento válido para sustentar la adecuación del precepto al ordenamiento jurídico español.

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

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

Precisamente sobre la compatibilidad constitucional de este extremo, es decir, sobre el desarrollo que el Estado otorgue a dicha posibilidad ofrecida por la propia Directiva, es sobre lo que, desde la perspectiva de una posible vulneración del artículo 24 CE, nos corresponde pronunciarnos y no desde el parámetro fijado por el Derecho de la Unión. La cuestión que debe dilucidarse por este Tribunal es, por consiguiente, si la imposición del arbitraje a la otra

parte, en este caso al empresario-predisponente, vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) en los términos que determina la legislación dictada en el ejercicio de la competencia estatal y omitir cualquier interpretación del artículo 203 de la Directiva 2009/138/CEE. Alternativamente, no cabe más solución que plantear una cuestión prejudicial.

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

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

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

Efectivamente, a mi juicio, la imposición de un arbitraje del artículo 76 e) LCS, en la medida en que el legislador español no ha previsto soluciones alternativas que remedien la falta de consentimiento libre al procedimiento arbitral, limita el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24 CE, pues se impide a las aseguradoras el acceso a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de Justicia que, ante la falta la voluntad concurrente de los litigantes, son los únicos que tienen encomendada

constitucionalmente la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (STC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3). Por ello, en principio, pudiera pensarse que resulta contrario a la Constitución que la Ley de contrato de seguro suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje, denegándole la posibilidad de solicitar la tutela jurisdiccional.

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

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

En efecto, hay que destacar que el ámbito de aplicación de este especial arbitraje del artículo 76 e) LCS viene identificado por la propia condición de las partes en el procedimiento arbitral, un empresario y un consumidor en una controversia que, también, tiene su origen en un acto de consumo: la contratación de un seguro de defensa jurídica que suele concertarse mediante un documento contractual predispuesto por el empresario y a cuyas condiciones generales se adhiere el consumidor sin previa negociación. Es evidente, por consiguiente, el desequilibrio existente entre los contratantes en el momento de la perfección del contrato y durante el

transcurso de la relación contractual. Por ello, el legislador, cumpliendo el mandato establecido en el artículo 51 CE, ampara al asegurado tanto estableciendo los requisitos que se exigen a las aseguradoras para poder suscribir riesgos y operar en los mercados, como otorgando una serie de derechos al consumidor tendentes a reequilibrar su posición y regulando el contenido de los clausulados con normas imperativas, imponiendo la irrenunciabilidad de los derechos y la salvaguarda de que se aplique la interpretación más favorable para el asegurado. De este modo, en el contrato de seguro se restringe a su grado máximo el principio de la autonomía de la voluntad (art. 9 CE) que cede ante el de protección de los consumidores (art. 51 CE).

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

Trasladadas las anteriores consideraciones al contrato de seguro de defensa jurídica que nos ocupa, para entender el funcionamiento y la finalidad de la norma cuestionada hay que partir del hecho de que el objeto de este contrato es la cobertura del riesgo de necesidad de asistencia jurídica, a la que el asegurador debe responder con los medios idóneos que permitan la defensa de los intereses del asegurado, ya sea mediante la asunción de gastos jurídicos originados por una defensa realizada por terceros, ya mediante la prestación directa de los servicios jurídicos. Parece obvio que el interés que se protege en la Ley de contrato de seguro es el del asegurado-consumidor, en tanto que el objeto del seguro es la prestación a favor de este, de los servicios de defensa jurídica frente a terceros. Es precisamente aquí, en el previo conflicto existente entre aseguradora y beneficiario sobre la prestación de la defensa jurídica, donde el principio constitucional de protección del consumidor ha de inspirar la interpretación material del derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24 CE).

Una situación en la que de no existir tal norma imperativa se crearía una patente situación de debilidad e indefensión para el asegurado, pues a la par que requiere de defensa jurídica frente a un tercero, mantiene precisamente con aquel que le tiene que defender una controversia sobre el contenido de su contrato de defensa jurídica que, de no ser resuelta con la debida agilidad y objetividad, amenaza con dar al traste con la efectividad de sus derechos.

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

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

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

un asunto que ha sido ya resuelto con anterioridad. Como puede apreciarse con dicha norma no solo se protege al consumidor, sino el interés general, pues se obtiene respuesta fundada al litigio y se evita el abuso de las vías de derecho por medio de la recurrente alegación de hechos que ya han sido resueltos con el consiguiente riesgo de obtener resoluciones distintas sobre un mismo objeto.

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

Con esta Sentencia, sin embargo, se origina la paradoja de que la puesta en marcha del arbitraje queda en manos de la aseguradora, pues se exige su consentimiento en el convenio arbitral y, en consecuencia, el derecho del consumidor al arbitraje que le otorga la ley queda condicionado a la voluntad de la parte más fuerte del contrato de seguro, especialmente en el seguro de defensa jurídica, por cuanto el asegurado depende de su efectividad para la solución de la situación litigiosa en la que está implicado. No deja de ser una ironía que el artículo 76 e) LCS nazca como norma de transposición de una directiva comunitaria cuya finalidad es la protección del consumidor en el contrato de defensa jurídica y que por ello se obligue a los Estados miembros a

articular a favor del consumidor «un procedimiento arbitral u otro procedimiento que ofrezca garantías comparables de objetividad» (art. 203 de la Directiva 2009/138/CEE) y que en esta Sentencia se haya concluido que el ejercicio de tal derecho debe condicionarse al previo consentimiento de la aseguradora y se declare la nulidad con efectos extinc de un precepto legal vigente durante largo tiempo y promulgado para cumplir con la obligación del Estado de trasponer una directiva comunitaria.

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

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

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

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

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

l) Presupuestos procesales: Ausencia del juicio de relevancia.

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

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

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

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

Es decir, en su demanda, el asegurado, no sólo invocaba directamente la aplicación del artículo 76 e) LCS, para justificar su pretensión de acudir al procedimiento arbitral para resolver su conflicto con la compañía aseguradora, sino que también hacía expresa mención a la póliza del seguro suscrita para sustentar su pretensión. Además, en el fundamento de Derecho segundo de aquel escrito, ponía de manifiesto que su pretensión de acogerse al arbitraje para resolver el litigio, no sólo era «un derecho subjetivo de naturaleza privada que el asegurado ostenta frente a la compañía aseguradora», sino que además, en un párrafo posterior, hacía mención al artículo 76 f) LCS, que es el precepto que obliga a las compañías a aseguradoras «a recoger el derecho de arbitraje en sus pólizas».

Así pues, lo que estaba destacando el demandante, en relación con el sometimiento a arbitraje de las controversias surgidas entre aseguradora y asegurado, con ocasión de la vigencia del contrato de seguro de defensa jurídica suscrito entre ambos, era que la compañía aseguradora tenía que incluir, obligatoriamente y por ley, en la póliza del seguro «el derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia» surgida entre aquéllos.

Ha de repararse al respecto, que el órgano judicial nada dice en su Auto de la mención que la parte actora hacía a la póliza del seguro en su demanda, ni mucho menos hace referencia alguna a la existencia o

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

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

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

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

2. Pero es que, a mi juicio, se constata un nuevo error, en este caso de interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, en el que incurre la Sala de instancia, que resulta aún mucho más trascendente

que el anterior para dar respuesta al juicio de relevancia, ahora objeto de estudio.

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

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

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

A este respecto, hay que tener en cuenta que el contrato de seguro de defensa jurídica, encuadrado dentro del ámbito más general del seguro de daños

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

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

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

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

análisis de los preceptos citados, la formalización del convenio arbitral en este tipo de contratos de adhesión se configura formalmente como una cláusula dentro de aquellos contratos.

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

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

II) Cuestión de fondo.

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

2. Según mi parecer, nada hay que objetar al análisis detallado de los antecedentes legislativos y a la descripción de la doctrina reiterada de este Tribunal, que se contiene en los fundamentos jurídicos 1 a 3 de la Sentencia aprobada por la mayoría. Por mi parte,

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

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

Cierto es que, como dice la Sentencia de la mayoría, la normativa de la Unión Europea no es parámetro de constitucionalidad para resolver la cuestión y por ello mi argumentación no se apoya en el contenido del artículo 203 de la Directiva 2009/138/CEE, que sólo utilizaré como mera referencia para analizar la constitucionalidad del artículo 76 e). No obstante lo expuesto, sí que partiré en mi análisis del último inciso del citado artículo 203 de la Directiva que dice textualmente lo que sigue: «el contrato de seguro deberá prever el derecho del asegurado para recurrir a tales procedimientos», en referencia, entre otros, a la posibilidad del procedimiento arbitral, y que, a la consecución de dicho objetivo, responde el contexto normativo en el que figura enmarcado el artículo 76 e) de la Ley 50/1980.

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

procedimiento administrativo, judicial o arbitral, así como a prestarle los servicios de asistencia jurídica que se describen en el precepto.

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

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

Por consiguiente, he de anticipar ya que, desde mi particular posición, el principio de autonomía de la voluntad no puede regir en toda su plenitud dentro de esta modalidad contractual, precisamente porque las posiciones iniciales de las partes no se encuentran en una situación de equiparación. A mi modo de ver, el

legislador puede matizar aquella libertad contractual y establecer determinados límites a los derechos de una de las partes, la que representa la entidad aseguradora, en beneficio de la que ocupa inicialmente una posición contractual más desventajosa, que en este caso, es la del asegurado.

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

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

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

introducida en 1990, una serie de medidas en la Ley de contrato de seguro, tendentes a corregir esa desigualdad y a evitar eventuales abusos graves por parte de las aseguradoras en el ámbito contractual de referencia.

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

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

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

A tal finalidad responden ambos preceptos citados, como también el artículo 76 f) LCS, que no se cita, ni en el Auto de planteamiento, ni tampoco en la ponencia, pero que, a mi entender, debería haber sido esencial para la resolución de este proceso, porque es

el que cierra el marco normativo de intervención del Estado en la salvaguarda del principio de equilibrio entre las partes dentro del contrato de referencia. En efecto, este artículo dice en su párrafo primero que «la póliza del contrato de defensa jurídica habrá de recoger expresamente los derechos reconocidos al asegurado por los dos artículos anteriores», que son los dos derechos que he destacado anteriormente, es decir, de una parte, el de la libre elección por el asegurado de abogado y de procurador en los términos anteriormente enunciados, y, de otro, el derecho «de someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro», que es precisamente el recogido en el artículo 76 e).

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

A mi modo de ver, que disiente del de la mayoría del pleno, hay que partir de una respuesta negativa a la pregunta formulada, porque entiendo que la cuestión suscitada guarda íntima conexión con el planteamiento doctrinal antes expuesto sobre el desequilibrio inicial que se aprecia en las posiciones de las partes, dentro de los contratos de seguro de defensa jurídica, en tanto modalidades específicas de los contratos de adhesión. A mi juicio, la posibilidad de introducir por parte del legislador determinadas medidas limitativas al principio de autonomía de la voluntad, que tiendan a restablecer el equilibrio entre las partes halla, con carácter general, su justificación en la necesidad de preservar los derechos e intereses

legítimos de la parte que se ve obligada a aceptar, si quiere suscribir un contrato de esta naturaleza, las condiciones que le ofrece la contraparte. Considero, pues, que el legislador está facultado para arbitrar aquellas medidas, en forma de reconocimiento de determinados derechos a la parte asegurada, que modulen y limiten la posición inicial de ventaja que encarna la entidad aseguradora.

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

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

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

El reconocimiento de dicho derecho, a mi modo de ver, era adecuado al fin perseguido, habida cuenta de que constituía un instrumento ágil y rápido para la solución de los conflictos, generalmente económicos como era el de autos, entre ambas partes. Piénsese, al respecto, que, en muchas ocasiones, las diferencias entre la entidad aseguradora y el asegurado deben ser solventadas en muy breve tiempo, ante la premura que imponen los plazos procesales para el ejercicio de acciones o de recursos judiciales y el sistema arbitral responde, precisamente, a esta necesidad.

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

Finalmente, a mi juicio, la medida adoptada por el legislador resultaba también proporcionada a los fines e intereses constitucionalmente protegidos, que han sido expuestos con todo detalle en apartados anteriores, a los que habría que añadir, además, los derechos de los asegurados en cuanto consumidores y usuarios de las actuaciones derivadas de su defensa jurídica en los procedimientos y de la especial protección que el artículo 51 CE impone a los poderes públicos, para establecer procedimientos efectivos en su defensa y protección. Hay que tener en cuenta que, en la generalidad de supuestos que se suscitan en la realidad social, las diferencias entre entidades aseguradoras y asegurados en la aplicación de este contrato de seguro tienen un contenido económico (honorarios de profesionales designados, cuantías de las reclamaciones etc...) y que la posibilidad de acudir

a fórmulas de arbitraje ha permitido en los 27 años de andadura legislativa que ha tenido el precepto declarado inconstitucional y nulo, no sólo una agilización de la solución de conflictos con las entidades aseguradoras, sino, lo que es mucho más importante para los asegurados en cuanto consumidores de servicios que son, el efecto derivado de reducir sus gastos de reclamación, toda vez que, a partir de la expulsión del ordenamiento jurídico del artículo 76 e) LCS, la tutela de sus derechos e intereses legítimos se va a ver mermada, habida cuenta de que no va a quedarles más remedio, si la entidad aseguradora no se muestra conforme, que tener que acudir a la vía judicial para dirimir sus controversias, con el coste económico que ello conlleva.

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2169/2015] DE 14 DE FEBRERO DE 2018 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]

Sociedades de capital: sociedad de responsabilidad limitada. Nulidad de un acuerdo social de ampliación de capital adoptado en junta universal y que incurre en abuso de derecho. Régimen anterior a la reforma de la Ley 31/2014.- Legitimación para impugnar del tercero con interés legítimo. Cualquier persona que justifique que el acuerdo le afecta directa o indirectamente, pero de forma perjudicial, está legitimada para impugnar el acuerdo social: así, el titular de un derecho de opción de compra sobre determinadas participaciones sociales, que constituían la mayoría del capital social, cuando el acuerdo de la junta de socios en que se acordó y ejecutó la ampliación de capital, que el demandante consideraba contrario a la ley y al orden público por ser simulado, fraudulento y abusivo, impedía que el ejercicio de su opción de compra le atribuyera la mayoría del capital social, por lo que le era perjudicial.- La determinación de si concurrió o no abuso de derecho, además del componente jurídico, tiene un componente fáctico inatacable en casación. Por tanto, solo puede revisarse en casación el correcto enjuiciamiento del aspecto jurídico del abuso del derecho, partiendo de la base fáctica sentada en la sentencia recurrida. Los hechos reúnen los requisitos legales para apreciar la concurrencia de un abuso de derecho, por cuanto que la adopción del acuerdo constituye un «acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho». El abuso de derecho, en perjuicio de tercero, en la adopción del acuerdo, puede considerarse como infracción de ley determinante de la nulidad del acuerdo. Ahora bien, una infracción legal no es un abuso de derecho, puesto que este supone la conformidad aparente con las normas legales que específicamente regulan la relación jurídica en la que se produce el acto o negocio abusivo. En este caso, lo que provoca la nulidad del acuerdo es que el perjuicio para el tercero ha sido producido por un acuerdo contrario a la ley, y que esa contrariedad a la ley consiste en que el acuerdo constituye un abuso de derecho.

«Los hechos relevantes para comprender las cuestiones objeto del recurso de casación han sido fijados en la sentencia de la Audiencia Provincial del siguiente modo:

A) La entidad demandada Semcor 3000 S.L. (en lo sucesivo, Semcor) se constituyó por medio de escritura pública de 7 de enero de 1998, siendo sus únicos socios D. Jaime Manuel XXXX, su esposa D.ª María Jesús XXXX y D.ª María Teijido XXXX, y su capital

social, antes de la ampliación objeto de la impugnación formulada en este litigio, de 278.820 euros, dividido en 4647 participaciones sociales, de 60 euros de valor nominal cada una de ellas, las cuales pertenecían a tales socios de la forma siguiente:

A D. Jaime Manuel XXXX, que venía ostentando el cargo de administrador: 3497 participaciones sociales.

A D.ª María Teijido XXXX: 400 participaciones sociales.

A D.ª María Jesús XXXX: 750 participaciones sociales.

B) Por medio de escritura pública de 8 de abril de 2013, los socios, con renuncia a su derecho de suscripción preferente, concedieron al demandante D. Ángel XXXX, que aceptó, un derecho real de opción de compra sobre 1640 participaciones sociales de D. Jaime Manuel XXXX; 400 participaciones sociales de D.ª María Teijido XXXX; y, por último, 750 participaciones sociales de D.ª María Jesús XXXX.

La opción de compra se concedió hasta el 30 de diciembre de 2018, y se pactó expresamente que los «cedentes se obligan durante el plazo previsto para la vigencia de las opciones de compra y, de ser el caso, durante su renovación o ampliación, a mantener la titularidad de las participaciones objeto de las opciones de compra totalmente libres de cualquier clase de carga y gravamen y de restricción en cuanto a sus derechos políticos o económicos, así como no someterlas a algún derecho de preferencia, ya sea éste por modificación estatutaria de la sociedad o acuerdo entre los socios».

El precio de la opción de compra era el siguiente: para las participaciones de D. Jaime Manuel XXXX, 88.560 euros, para las participaciones de D.ª María Teijido XXXX, 21.600 euros, y para las participaciones de D.ª María Jesús XXXX, 40.500 euros.

El ejercicio de la opción se comunicaría por vía notarial, y debería pagarse en el momento de formalizarse la correspondiente escritura de compraventa o en fechas anteriores a la formalización de la misma.

Las participaciones sociales objeto de la opción de compra suponían el 60,03% del capital social.

C) Por medio de escritura pública de la misma fecha, 8 de abril de 2013, ante el mismo fedatario, y número de protocolo correlativo, constituidos en junta universal los citados socios reconocieron

expresamente que adeudaban al demandante D. Ángel XXXX 844.500 euros, como consecuencia de varias entregas, en concepto de préstamo, que expresamente se reseñaban, más una cantidad adicional de 8793 euros en concepto de intereses.

Se obligaron a devolver dicha cantidad en el plazo de 72 meses, desde el uno de mayo de 2013, bajo las condiciones pactadas, y, en garantía de tal devolución, constituyeron hipotecas y además D. Jaime Manuel XXXX una prenda sobre 1857 participaciones sociales, así como también se convino una fianza solidaria de los socios.

D) En documento de 21 de junio de 2013, de reconocimiento de deuda, D. Jaime Manuel XXXX admitió expresamente que adeudaba a Semcor 3000 S.L., la suma de 683.080,27 euros, que confesó haber recibido antes de dicho acto, en varias entregas para hacer frente a gastos de la entidad que no habían sido justificados documentalmente hasta el momento, y constituyó prenda de las participaciones sociales 2041 a 3897, de las que era titular.

E) En junta universal de 30 de enero de 2014, de la que queda constancia mediante acta notarial de tal fecha, los socios de Semcor acordaron cesar a los administradores sociales solidarios D. Jaime Manuel XXXX y D. Santiago XXXX, hermano del demandante, y nombrar administrador único por tiempo indefinido a D. Jaime Manuel XXXX. Dicho acuerdo se le notificó por vía notarial al administrador cesado.

F) A través de acta notarial, de 3 de febrero de 2014, el demandante D. Ángel XXXX requirió a los tres socios de la demandada para que otorgaran la escritura de compraventa de las participaciones sociales, objeto de la precitada opción, el 26 de febrero de 2014.

G) Tras dicho requerimiento, se otorgó escritura pública de 5 de febrero de 2014, de elevación a público de un supuesto acuerdo de junta universal de socios de la demandada, que figura datado el 30 de enero de 2014, de aumento de capital social, por compensación de créditos, que es protocolizado por el Sr. Jaime Manuel XXXX, en su condición de administrador social, según el cual se aumentó el capital social en 95.700 euros, mediante la creación de nuevas participaciones sociales, que fueron adjudicadas al Sr. Jaime Manuel XXXX, conforme a lo previsto en el art. 301.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en lo sucesivo, TRLSC).

Se acompañó a la escritura pública una certificación en extracto del acta de la junta universal de socios de la demandada, reflejada en documento privado de tal fecha, en la que se acordó el aumento del capital social en 95.700 euros, mediante la creación de 1595 participaciones sociales de igual valor nominal de 60 euros cada una. Se hizo constar igualmente que los demás socios habían renunciado al derecho de suscripción preferente, y que dichas participaciones fueron asumidas por D. Jaime Manuel XXXX, que realizó su desembolso mediante la compensación de créditos vencidos, líquidos y exigibles, que, por igual importe, ostentaba el mismo contra la sociedad.

A consecuencia de ello, se modificó el art. 5 de los estatutos, relativo al capital social, que quedó fijado en 374.520 euros, dividido en 6242 participaciones sociales, de 60 euros de valor nominal cada una de ellas.

También se autorizó al administrador D. Jaime Manuel XXXX para que acudiese al notario a elevar a público los citados acuerdos, como así hizo.

Los créditos del administrador único derivaban, según se sostiene, de ingresos en cuentas de la sociedad, efectuados por D. Jaime Manuel XXXX, por importe respectivo de 25.000 euros, 6600 euros, 49.000 euros, 8121,06 euros, 5700 euros, 667,77 euros, 611,17 euros y tres transferencias de 8121,05 euros, 5700 euros y 1278,94 euros, desde el 16 de julio a 2010 a 5 de octubre de 2012.

H) El 26 de febrero de 2014, a instancia del demandante D. Ángel XXXX, se levanta un acta notarial de manifestación, notificación y requerimiento, en la que el compareciente expresó que, sin su conocimiento, se había procedido a ampliar el capital social, que con ello se desvirtuaba la opción de compra cuyo ejercicio pretendía y al cual no renunciaba, ya que la participación que se adquiría en la sociedad, con la referida ampliación, era inferior a la inicialmente pactada, motivo por el cual, el compareciente no formalizaría en ese día la compraventa de participaciones sociales, y requirió al notario para que notificara a los socios de Semcor tal circunstancia, así como de su voluntad de formalizar la compraventa.

La voluntad de ejercitar la opción se reforzaba con la tenencia por el demandante de los cheques bancarios destinados al pago pendiente de 21.200 euros, 39.750 euros y 86.920 euros respectivamente, cuya fotocopia de los originales se unió al acta.

Los demandados, por acta notarial de la misma fecha, dieron por extinguida la opción de compra, por incumplimiento de la parte compradora a sus obligaciones.

2.- D. Ángel XXXX interpuso demanda en la que solicitó la nulidad del acuerdo de aumento de capital adoptado en la junta universal de 30 de enero de 2014.

3.- El Juzgado Mercantil desestimó la demanda. Consideró que aunque el demandante tenía legitimación activa puesto que alegaba tener un interés legítimo en que se declarara la nulidad del acuerdo de aumento de capital, en cuanto que le impedía ostentar la titularidad de la mayoría del capital social a que tenía derecho de acuerdo con el contrato de opción de compra celebrado, no concurrían los requisitos necesarios para declarar la nulidad del acuerdo. Consideró que no se vulneraban los arts. 59 TRLSC, invocado por el demandante, ni el art. 301 TRLSC, a que se podía reconducir la impugnación sin vulnerar el principio de congruencia, puesto que se cumplían los requisitos exigidos por dichos preceptos legales para adoptar el acuerdo del aumento de capital social en una sociedad limitada. El juzgado descartó que se hubiera producido una simulación absoluta en el acuerdo adoptado. Respecto del abuso de derecho, el juzgado consideró que el acuerdo que incurre en abuso de derecho es anulable en la medida en que resulte lesivo para el interés social, lo que aquí no sucedía. Por último, el juzgado descartó también que se hubiera producido un ejercicio antisocial del derecho o fraude de ley.

4.- El demandante apeló la sentencia y la Audiencia Provincial estimó el recurso.

Tras fijar los hechos relevantes para la resolución del recurso, la Audiencia Provincial confirmó que el demandante estaba legitimado activamente para impugnar el acuerdo social pues el art. 206.1 TRLSC otorga legitimación para ejercitar la acción de nulidad de los acuerdos sociales a cualquier tercero que acredite interés legítimo. Tal sería el caso del demandante, al que un «sospechoso» acuerdo social disminuye el valor económico de su derecho de adquisición y le imposibilita contar con el control social.

Respecto de la concurrencia de una causa de nulidad del acuerdo de aumento de capital, la Audiencia declaró:

«[...] el aumento del capital social se llevó a efecto por los socios -no en defensa del interés social considerado como tal y con repercusión con respecto a terceros- sino con la aviesa intención de frustrar el derecho de opción de compra del actor y que éste pudiera adquirir el control social, por lo que consideramos este acuerdo social nulo.

»Apreciamos pues una actuación constitutiva del abuso de derecho vedado por el art. 7.1 del CC, cuya aplicación al derecho societario es admitida por la jurisprudencia (SSTS 1136/2008, de 10 de diciembre, reiterando la de 10 de febrero de 1992, así como la 770/2011, de 10 de noviembre entre otras)».

Por tal razón, la Audiencia Provincial estimó el recurso y declaró la nulidad del acuerdo social de aumento de capital.

5.- La sociedad demandada ha interpuesto un recurso de casación basado en cuatro motivos, que han sido admitidos.

Con carácter previo a entrar a analizar cada uno de los motivos, debe aclararse que no es procedente analizar las alegaciones que se contienen a lo largo del escrito de recurso relativas a la supuesta incongruencia de la sentencia recurrida, que habría resuelto cuestiones no planteadas en la demanda ni en el recurso de apelación, o la supuesta falta de competencia del juzgado mercantil para realizar determinados pronunciamientos relativos al contrato de opción de compra.

Se trata de impugnaciones que no solo no responden a la infracción legal denunciada en el encabezamiento de los correspondientes motivos del recurso, sino que además, por su naturaleza, solo pueden ser planteadas en el recurso extraordinario por infracción procesal, no en el recurso de casación.

6.- El demandante, antes de entrar a contestar cada uno de los cuatro motivos del recurso, y también al analizar alguno de estos, alega un gran número de causas de inadmisión de los recursos.

Sobre esta cuestión, este tribunal fijó criterio en su auto de Pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso nº 485/2012), que ha sido asumido en las sentencias posteriores (351/2015, de 15 de junio, 550/2015, de 13 de octubre, y 577/2015, de 5 de noviembre, 188/2016, de 18 de marzo, entre otras). Dijimos en estas resoluciones:

«Junto a estas causas de inadmisión de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que hemos calificado como "absolutas" se encuentran las que no presentan este carácter, pues se refieren a cuestiones de técnica casacional y, en el caso de haberse utilizado la vía del art. 477.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuestiones de interés casacional. Sobre estas causas de inadmisión, el criterio rector ha de ser la evitación de los formalismos enervantes que, con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, supongan la vulneración del derecho de tutela efectiva, ponderando la relevancia de la irregularidad procesal, la entidad del defecto, la incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, la trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, y la voluntad y el grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado (SSTC 45/2002, de 25 de febrero, 12/2003, de 28 de enero, 182/2003, de 20 de octubre y sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 200/2009, de 30 de marzo , y núm. 329/2010, de 25 de mayo). En definitiva, no puede pasar la fase de admisión un recurso vacío de contenido, por más que cubra una apariencia de cumplimiento de los requisitos de tales recursos, pero tampoco deberá ser inadmitido un recurso que, al margen de elementos formales irrelevantes, o en todo caso secundarios, plantee con la suficiente claridad un problema jurídico sustantivo que presente, desde un análisis razonable y objetivo, interés casacional. Como declara la sentencia de esta Sala núm. 439/2013, de 25 de junio, puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia».

7.- Para resolver sobre las causas de inadmisión planteadas, debe tomarse en consideración cuál es la finalidad de los requisitos exigidos en el recurso de casación: que el control que se realice por el Tribunal Supremo recaiga sobre cuestiones de naturaleza jurídica, no fáctica, dirigida a la correcta interpretación de las normas legales, lo que exige la delimitación suficiente del problema jurídico sometido a la sala y

permita de este modo que la parte recurrida pueda realizar alegaciones en su defensa.

8.- En este caso, como se verá, estos requisitos se cumplen suficientemente puesto que los problemas jurídicos están suficientemente identificados, la alegación de infracción legal correctamente desarrollada, y se ha expuesto adecuadamente cómo ve la parte recurrente el interés casacional. Que se discrepe sobre el alcance y trascendencia de la doctrina jurisprudencial invocada en el recurso para justificar el interés casacional puede llevar a la desestimación del recurso o de alguno de sus motivos, pero no a negar sin más la concurrencia del requisito de interés casacional que permite el acceso al recurso.

También se plantean como causa de inadmisión otras cuestiones que, por su trascendencia, pueden dar lugar en su caso a la desestimación del motivo, pero no a su inadmisión inicial.

SEGUNDO.- Formulación del primer motivo del recurso de casación

1.- El primer motivo del recurso de casación se encabeza con este epígrafe:

«Se formula al amparo del art. 477.1 de la LEC en relación con el punto 2.3º de dicho artículo por infracción del art. 204.1 y 2 y 206.1 de la Ley de Sociedades de Capital en su versión anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014 de 3 de diciembre, y por tener el interés casacional que define su punto 3 por oponerse a la doctrina sentada por las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 192/1999 de 4 de marzo, nº 1035/1999 de 2 de diciembre y nº 376/2012 de 18 de junio en relación con la legitimación para impugnar los acuerdos radicalmente nulos adoptados por los órganos de administración de las Sociedades de Capital».

2.- El fundamento del motivo consiste en que la Audiencia Provincial ha realizado una interpretación extensiva e incorrecta del concepto de «interés legítimo», puesto que el interés legítimo para impugnar un acuerdo social es únicamente el que puede invocar aquel que adquiere la condición de socio por transmisión inter vivos o mortis causa operada por quien era socio en el momento de la celebración de la junta, o quien era socio en el momento de celebración de la junta y, pese a perder esa condición, acredita que le subsiste un interés legítimo.

TERCERO.- Decisión del tribunal. Legitimación del tercero con interés legítimo para impugnar los acuerdos sociales

1.- En primer lugar debe precisarse cuál es el texto del precepto legal aplicable, puesto que se han sucedido varios en un espacio de tiempo relativamente breve.

Por las fechas relevantes para el enjuiciamiento de la impugnación, es aplicable el TRLSC vigente con anterioridad a la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. El art. 206.1 de este texto legal tenía la siguiente redacción:

«Para la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados todos los socios, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo».

Respecto a qué acuerdos podían considerarse nulos, el primer inciso del art. 204.2 TRLSC vigente antes de la reforma operada por la ley 31/2014, de 3 de diciembre, disponía:

«Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley».

2.- El demandante ha impugnado el acuerdo de aumento de capital porque consideraba que las causas de impugnación alegadas constituían un supuesto de nulidad del acuerdo, no de anulabilidad.

3.- Teniendo en cuenta lo anterior, la Audiencia Provincial ha resuelto correctamente al considerar que el demandante tenía legitimación para impugnar el acuerdo porque, pese a ser un tercero y no un socio, alegó un interés legítimo para formular la impugnación: era titular de un derecho de opción de compra sobre determinadas participaciones sociales de Sencor, que constituían la mayoría del capital social, y el acuerdo de la junta de socios en que se acordó y ejecutó la ampliación de capital, que el demandante consideraba contrario a la ley y al orden público por ser simulado, fraudulento y abusivo, impedía que el ejercicio de su opción de compra le atribuyera la mayoría del capital social, por lo que le era perjudicial.

4.- En la sentencia 376/2012, de 18 de junio, hemos afirmado con relación al art. 117 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas lo siguiente:

«En realidad, el art. 117.1 TRLSA reconoce legitimación para impugnar un acuerdo adoptado por la junta de socios de una sociedad anónima o limitada a cualquiera que ostente un interés legítimo, aunque

presume en todo caso este interés en el caso de los socios y de los administradores. Si el actor invoca su condición de socio, ya no tiene que justificar su "interés legítimo", sino únicamente que goza de tal condición. Si se trata de un tercero tiene que invocar en la demanda su "interés legítimo" para que pueda ser contradicho por la sociedad demandada».

Esta doctrina es aplicable en el supuesto objeto de este recurso porque el art. 206.1 TRLSC, antes de su reforma por la ley 31/2014, de 3 de diciembre, tenía, en lo que aquí interesa, la misma redacción que el citado art. 117 TRLSA.

5.- Por lo expuesto, carece de fundamento la pretensión de la recurrente de reducir el concepto de tercero con interés legítimo, a efectos de la impugnación del acuerdo social, a quien llegue a ser o haya sido socio. El concepto de interés legítimo, recogido en el art. 24 de la Constitución, es más amplio que el de interés directo y excede del interés que tienen los socios, quienes lo sean tras la adopción del acuerdo o quienes lo eran en ese momento y perdieron esa condición con posterioridad. Cualquier persona que justifique que el acuerdo le afecta directa o indirectamente, pero de forma perjudicial, está legitimada para impugnar el acuerdo social.

CUARTO.- Formulación del segundo motivo

1.- El segundo motivo del recurso se encabeza con este epígrafe:

«Se formula al amparo del art. 477.1 de la LEC en relación con el punto 2.3º de dicho artículo por infracción del art. 7.1 y 2 del Código Civil y 301.1, 2, 3, 4 y 5 de la Ley de Sociedades de Capital en su versión anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014 de 3 de diciembre, y por tener el interés casacional que define el art. 477.3 de la LEC por oponerse a la doctrina sentada por las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1984, 31 de octubre de 1989, nº 45/2001 de 30 de enero, nº 1066/2003 de 18 de noviembre y nº 770/2011 de 10 de noviembre».

2.- El motivo impugna la aplicación que ha hecho la sentencia recurrida de la institución del abuso de derecho.

QUINTO.- Decisión del tribunal. Concurrencia de los requisitos del abuso de derecho

1.- La mayor parte de los argumentos del recurso se refieren a la supuesta incongruencia en que habría incurrido la Audiencia Provincial, puesto que, se dice, el demandante no habría alegado la existencia de un abuso de derecho en la demanda ni en el recurso de apelación.

La infracción de las normas legales que imponen la congruencia de la sentencia con las pretensiones formuladas en la demanda (art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y, específicamente, que la sentencia de segunda instancia «deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación» (art. 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), no puede plantearse en el recurso de casación sino en el recurso extraordinario por infracción procesal. Por tal razón, no procede entrar a analizar esta impugnación y debe partirse de que la sentencia de la Audiencia Provincial considera que tal cuestión se planteó tanto en la demanda (de ahí que se abordara en la sentencia del Juzgado Mercantil) como en el recurso de apelación.

2.- El único argumento que, con un criterio muy laxo, no incurriría en el defecto expresado en el anterior párrafo es el relativo a que no consta cuál fue el derecho ejercitado abusivamente, por qué el ejercicio fue abusivo ni qué norma del TRLSC había sido infringida.

3.- Para resolver esta cuestión, ha de partirse de que la determinación de si concurrió o no abuso de derecho, además del componente jurídico, tiene un componente fáctico inatacable en casación. Así lo hemos declarado en sentencias como la 910/2006, de 19 de septiembre, y 510/2017, de 20 de septiembre.

Por tanto, solo puede revisarse en casación el correcto enjuiciamiento del aspecto jurídico del abuso del derecho, partiendo de la base fáctica sentada en la sentencia recurrida.

4.- Sobre este particular, la sentencia recurrida afirma que se reúnen los requisitos exigidos por el art. 7.2 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta para considerar la concurrencia de abuso de derecho: i) uso aparente o formalmente correcto de un derecho subjetivo o potestad jurídica; ii) que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, el acto u omisión cuestionado sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho; y iii) que se cause daño a un

tercero porque se afecte negativamente a un interés que no está específicamente protegido.

5.- El derecho ejercitado abusivamente en este caso sería el derecho de asistir y votar en las juntas generales que el art. 93.c TRLSC atribuye a los socios y la propia potestad jurídica de la junta de socios, en tanto que órgano social, de adoptar los acuerdos de autoorganización que tenga por convenientes, y en concreto, el de aumento de capital.

El ejercicio de tal derecho habría sido formalmente correcto por cuanto que los tribunales de instancia han negado que se hubieran infringido las normas del TRLSC que regulan la emisión de participaciones sociales y la adopción y ejecución de los acuerdos de aumento de capital.

6.- Pese a esa corrección aparente o formal, tal derecho se habría ejercitado abusivamente por las circunstancias excepcionales que rodearon la adopción del acuerdo.

De acuerdo con los hechos fijados por la Audiencia en su sentencia, que han de ser respetados, solo constaba que el acuerdo de aumento de capital se hubiera adoptado después de que el demandante comunicara el ejercicio de su opción de compra. Por tal razón, ha de considerarse que la adopción del acuerdo se produjo como reacción a la decisión del demandante de ejercitar su derecho de opción de compra de las participaciones sociales que le otorgarían la titularidad de la mayoría del capital social.

Además, los ingresos que el socio al que se atribuyeron las participaciones emitidas en el aumento de capital había hecho en la cuenta de la sociedad no se imputaron al pago del crédito, anterior y mucho mayor, que la sociedad ostentaba frente a él, de modo que se redujera el importe de la deuda del socio para con la sociedad, sino que se otorgó a este socio una mayor participación en la sociedad al acordarse un aumento de capital con cargo a la compensación del supuesto crédito constituido por esos ingresos que no habrían sido imputados al pago de la deuda. De esta forma, un socio que mantenía una deuda considerable con la sociedad no pagó esa deuda, ni siquiera en parte, con los ingresos que había hecho en la cuenta de la sociedad pero vio aumentada considerablemente su participación en el capital social con cargo a esos ingresos.

De acuerdo con lo afirmado en la sentencia recurrida, el aumento del capital social no se realizó en defensa del interés social sino con la aviesa intención de frustrar el derecho de opción de compra del demandante y que este pudiera adquirir el control social.

Se trata de circunstancias que justifican la afirmación de que se sobrepasaron de modo manifiesto los límites normales del ejercicio del derecho a acordar y ejecutar un aumento de capital en una sociedad mercantil.

7.- El daño que se causó al demandante consistió en impedir que este, mediante el ejercicio de su opción de compra, adquiriese las participaciones que suponían la mayoría del capital social, que era la consecuencia natural del ejercicio de su opción de compra si no se hubiera realizado un aumento de capital anómalo y sin atender a la satisfacción del interés social.

No se trata de un interés protegido específicamente por una norma jurídica, puesto que en tal caso bastaría con ejercitar la acción derivada de tal norma. La Audiencia no llega a concluir que se infringiera propiamente el contrato suscrito por las partes, tesis de la que hemos de partir pues no ha sido cuestionada. Pero se trata, en todo caso, de un interés legítimo que se vio perjudicado por la adopción y ejecución del acuerdo social de aumento de capital en unas circunstancias tan anormales.

8.- Se reúnen por tanto los requisitos legales para apreciar la concurrencia de un abuso de derecho, a los que ya se ha hecho referencia, por cuanto que la adopción del acuerdo constituye un «acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho», como establece el art. 7.2 del Código Civil y ha desarrollado la jurisprudencia de este tribunal.

De acuerdo con esta jurisprudencia (sentencias 422/2011, de 7 de junio, 567/2012, de 26 de septiembre, 159/2014, de 3 de abril, y 58/2017, de 30 de enero, y las en ellas citadas), la apreciación del abuso de derecho exige: i) el uso formal o externamente correcto de un derecho; ii) que cause daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y c) la inmoralidad o antisocialidad de esa conducta, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de

dañar, o sin verdadero interés en ejercitarlo, esto es, en ausencia de interés legítimo), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo).

9.- Dicho lo anterior, la apreciación del abuso de derecho no exige que concurra otra infracción legal, y en concreto, que se haya infringido un determinado precepto del TRLSC, por cuanto que, como se ha dicho, se trata de una actuación aparente o formalmente amparada en la ley, pero que por las excepcionales circunstancias que en ella concurren, constituye una extralimitación que la ley no ampara y que dará lugar, de acuerdo con lo solicitado por el perjudicado, a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso, por aplicación del art. 7.2 del Código Civil.

SEXTO.- Formulación del tercer motivo

1.- El epígrafe con que se encabeza este motivo es el siguiente:

«Se formula al amparo del art. 477.1 de la LEC en relación con el punto 2.3º de dicho artículo por infracción del art. 7.1 y 2 del Código Civil y de los arts. 93.a), 93.c), 95, 98 y 204.1 y 2 de la Ley de Sociedades de Capital en su versión anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014 de 3 de diciembre, y por tener el interés casacional que define el art. 477.3 de la LEC por oponerse a la doctrina sentada por las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo 128/2009 y 138/2009 ambas de fecha seis de marzo y la nº 589/2014 de 3 de noviembre».

2.- En el desarrollo del motivo, como argumentos relevantes para la decisión del recurso, la recurrente considera que la tesis de la sentencia recurrida de que una supuesta vulneración de un contrato de opción de compra de participaciones sociales, suscrito por los socios y un tercero, constituye un título jurídico adecuado para determinar la nulidad del acuerdo de aumento de capital, infringe los preceptos citados y la jurisprudencia sobre la ineptitud de la infracción de los pactos parasociales para fundar la declaración de nulidad de los acuerdos sociales que contravengan tales pactos parasociales pues los acuerdos sociales solo pueden declararse nulos por ser contrarios a la ley.

El contrato de opción de compra fue suscrito entre el demandante y los socios propietarios de las participaciones sociales, por lo que estos serían los

únicos obligados a su cumplimiento, y no Semcor, ajena al pacto, se añade por la recurrente.

SÉPTIMO.- Decisión del tribunal. El abuso de derecho como causa de impugnación del acuerdo social

1.- Como cuestión previa, no pueden tomarse en consideración los argumentos expuestos en el desarrollo del motivo que plantean cuestiones ajenas al ámbito del recurso de casación, como sería la supuesta incompetencia del Juzgado Mercantil para pronunciarse sobre los aspectos contractuales, o los que se refieren a cuestiones ajenas a la infracción denunciada en el encabezamiento del motivo, como sería la relativa a la interpretación del contrato de opción de compra y a la conclusión de que el mismo no habría sido incumplido y que la opción había caducado.

2.- Tampoco puede tenerse en cuenta la invocación que en el encabezamiento se realiza de infracción de ciertos preceptos legales (arts. 93.a), 93.c), 95 y 98 TRLSC) que no resulta adecuadamente desarrollado, puesto que la única mención que se hace en el desarrollo del motivo a tales preceptos se refiere a la infracción de las normas legales que rigen la interpretación del contrato de opción de compra y no propiamente a la infracción de los preceptos del TRLSC mencionados.

Además, constituiría una infracción de naturaleza completamente diferente a la invocada con carácter principal en el motivo y es pacífica la doctrina de esta sala que rechaza que en un mismo motivo puedan plantearse diversas cuestiones jurídicas cuando sean heterogéneas entre sí.

3.- Es cierto, tal como alega el recurrido, que el contrato de opción de compra suscrito entre los socios de Semcor y el demandante no es un pacto parasocial, entendiéndose por tal aquel pacto mediante el cual los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos para ello en la ley y los estatutos.

Asimismo, la Audiencia no afirma que el contrato fuera vulnerado por la adopción del acuerdo social, sino que el interés legítimo que del contrato se desprendería para el demandante, consistente en adquirir una mayoría del capital social que le permitiera el control de la sociedad, se vio perjudicado por un acuerdo de aumento de capital adoptado con

una intención y en unas circunstancias anormales que lo hacían constitutivo de un abuso de derecho.

En todo caso, se trataría también de una cuestión de naturaleza heterogénea respecto de la que constituye el objeto principal de este motivo, y no se habría justificado cuál sería la infracción legal cometida, lo que habría exigido la expresión de los preceptos legales infringidos.

Por tanto, estos argumentos del recurso no pueden ser tomados en consideración.

4.- La única cuestión que puede considerarse correctamente planteada por la recurrente es la relativa a que para que pueda acordarse la nulidad del acuerdo es necesario que concurra una infracción de ley, por lo que podría cuestionarse si el abuso de derecho, en perjuicio de tercero, en la adopción del acuerdo puede considerarse como tal infracción de ley determinante de la nulidad del acuerdo.

5.- De nuevo se hace necesario precisar cuál es la redacción de la norma legal aplicable para resolver el recurso. Se trata, como ya hemos dicho, del art. 204 TRSLC en la redacción anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, cuyos dos primeros apartados establecían:

«Artículo 204. Acuerdos impugnables.

»1. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

»2. Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables».

Por tanto, para que el acuerdo social pudiera considerarse nulo, único supuesto para el que los terceros que acreditaran interés legítimo estaban legitimados para impugnar, era necesario que fuera «contrario a la ley».

6.- Esta cuestión ha sido ya abordada por este tribunal en sus sentencias 873/2011, de 7 de diciembre, y 991/2011, de 7 de enero de 2012, en las que declaró que «aunque el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, aplicable para la decisión del recurso por razones temporales -hoy 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital [anterior a la reforma de la Ley 31/2014]- silencia el "abuso de derecho" y el "abuso

de poder", ello no constituye un obstáculo insuperable para la anulación de los acuerdos sociales en tales supuestos, ya que, a tenor del artículo 7 del Código Civil, son contrarios a la ley -en este sentido apuntan las sentencias de 10 de febrero de 1.992, 1136/2008, de 10 de diciembre, y 770/2011, de 10 de noviembre».

Asimismo, la sentencia 510/2017, de 20 de septiembre, que cita como antecedentes las sentencias 272/1984, de 2 de mayo, y 171/2006, de 1 de marzo, confirmó la declaración de nulidad, con base en el abuso de derecho previsto en el art. 7.2 del Código Civil, de los acuerdos aprobados en una junta general en cuya convocatoria se incurrió en un abuso de derecho, puesto que aunque su convocatoria se ajustó formal y aparentemente a los preceptos legales que regulan la convocatoria de las juntas sociales, las circunstancias anormales que concurrieron (el administrador convocante se apartó del modo en que hasta ese momento se venían convocando las juntas en la sociedad, que era una sociedad cerrada de tan solo tres socios) y la finalidad con que se actuó (impedir que los socios titulares de la mitad del capital social asistieran a la junta y adoptar el acuerdo de cese del administrador social enfrentado al administrador convocante de la junta).

7.- Existen algunos supuestos de abuso de derecho, en especial cuando afectan a conflictos intrasocietarios, en los que la conducta está expresamente tipificada como causa de impugnación del acuerdo social. En tal caso, al supuesto no le es aplicable el régimen general del art. 7.2 del Código Civil sino que ha de estarse a lo previsto específicamente en la norma societaria.

Así ocurre, por ejemplo, con los acuerdos sociales que, en el régimen del art. 204 TRSLC anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, incurrían en un abuso de derecho que determinaba la lesión del interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Las sentencias 641/1997, de 10 de julio, y 1136/2008, de 10 de diciembre, con cita de la anterior sentencia de 10 de febrero de 1992, afirmaron que «la lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas (que es una de las causas de impugnación contempladas en el precepto invocado) puede producirse mediante acuerdos sociales adoptados con la intervención de las circunstancias tipificadoras del abuso del derecho».

Estos supuestos estaban expresamente tipificados en el art. 204 TRSLC, anterior a la reforma de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, como acuerdos

impugnables (apartado 1) y de carácter anulable (apartado 2), lo que determinaba un régimen específico de caducidad de la acción (art. 205.1 TRLS) y legitimación (art. 206.2 TRLS), en el que los terceros ajenos a la sociedad carecían de legitimación, diferente por tanto al de los acuerdos nulos, en los que el plazo de caducidad era mayor y la legitimación más amplia.

De ahí que la sentencia 770/2011, de 10 de noviembre, tras reiterar que la ausencia de expresa referencia al abuso de derecho no es obstáculo para admitir que la lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas puede producirse mediante acuerdos sociales adoptados con la intervención de las circunstancias tipificadoras del abuso del derecho, afirmara que, como consecuencia de lo anterior, «no cabe descartar el abuso de derecho como causa de impugnación de acuerdos lesivos, sujeta al plazo de caducidad de cuarenta días previsto en el artículo 116.2 de la Ley de Sociedades Anónimas».

8.- El vigente art. 204 TRLS, resultante de la reforma que llevó a cabo la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, prevé una modalidad específica de acuerdo impugnables por concurrir abuso por parte de la mayoría. El apartado segundo del vigente art. 204.1 TRLS prevé a este respecto:

«La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios».

Es posible que algunos casos de «abuso de la mayoría», más que un abuso de derecho propiamente dicho, constituyan la infracción de un concreto deber jurídico por parte de los socios mayoritarios. Pero cuando la conducta en que consista el «abuso de la mayoría» revista las características propias del abuso de derecho (uso formalmente correcto de un derecho subjetivo, desbordamiento manifiesto de los límites normales del ejercicio de un derecho y daño a un tercero), no es preciso acudir a la disciplina general del art. 7.2 del Código Civil puesto que se ha tipificado expresamente cuál es la consecuencia jurídica de tal conducta en el ámbito societario.

9.- Sin embargo, existen supuestos en los que el abuso de derecho en que se ha incurrido al adoptar el acuerdo social no es reconducible a ese supuesto de acuerdo «lesivo» del interés social específicamente previsto en el art. 204.1 TRLS, tanto antes como después de la reforma. Así ocurre cuando el abuso de derecho que supone la aprobación del acuerdo social no lesiona propiamente el interés social.

Así sucede con el acuerdo objeto de este recurso, en que aunque el acuerdo no fue adoptado en interés de la sociedad, no consta tampoco que le supusiera un perjuicio, por cuanto que el perjuicio se produjo para un tercero ajeno a la sociedad. Tampoco nos encontramos ante un «abuso de la mayoría» en perjuicio de la minoría social, a que hace referencia el apartado segundo del actualmente vigente art. 204.1 TRLS, porque el supuesto acuerdo se adoptó de forma unánime por todos los socios y el perjuicio se produjo a un tercero.

10.- En tal caso, el supuesto ha de reconducirse al régimen general del art. 7.2 del Código Civil. Este precepto prevé, en primer lugar, que la ley no ampara el abuso de derecho, y, en segundo lugar, que tal abuso dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Este régimen supone que el acto constitutivo de un abuso de derecho es contrario al ordenamiento jurídico, y de ahí que no resulte amparado por la ley y que deban adoptarse las medidas judiciales o administrativas que impidan su persistencia y, en su caso, dará lugar a la correspondiente indemnización.

La expresión «que sean contrarios a la ley» que se contiene en el art. 204.1 TRLS ha de entenderse como contrariedad al ordenamiento jurídico, por lo que es causa de nulidad que el acuerdo social haya sido adoptado en fraude de ley (art. 6.4 del Código Civil), de mala fe (art. 7.1 del Código Civil) o con abuso de derecho (art. 7.2 del Código Civil). Cuestión distinta es que estas cláusulas generales del ordenamiento jurídico hayan de aplicarse correctamente y no de una forma que las desnaturalice.

11.- Cuando la sentencia 127/2009, de 5 de marzo, dictada en un litigio sobre impugnación de acuerdos sociales, afirmó que «un ilícito (infracción legal) por principio no es el abuso del derecho», no está declarando que el abuso de derecho no constituya una contrariedad a Derecho en que puede fundarse la

nulidad del acuerdo social. Por el contrario, dicha sentencia confirma la declaración de nulidad de un acuerdo social adoptado con abuso de derecho. Lo que se hace en con esa afirmación es explicar que el motivo del recurso, que citaba como infringido el precepto de la Ley de Sociedades Anónimas en que se habría basado la adopción del acuerdo, está mal planteado, porque el acuerdo había sido declarado nulo por constituir un abuso de derecho, no por haber infringido una determinada norma societaria y «de haber estimado [la Audiencia] la existencia de una conculcación de la norma legal, no tendría sentido el acudir a la doctrina del abuso del derecho».

En ese contexto es donde cobra sentido la afirmación de que una infracción legal no es un abuso de derecho, puesto que este supone la conformidad aparente con las normas legales que específicamente regulan la relación jurídica en la que se produce el acto o negocio abusivo.

12.- Sentado lo anterior, esta contrariedad al ordenamiento jurídico que resulta del art. 7.2 del Código Civil tiene trascendencia en el ámbito societario, a cuyos efectos debe entenderse como la «contrariedad a la ley» que conforme al art. 204.1 TRSLC, en la redacción aplicable al caso objeto del recurso, da lugar a que el acuerdo sea nulo y, conforme al art. 206.1 TRSLC, esté legitimado para impugnarlo el tercero con interés legítimo, que en este caso es el interés que resulta dañado por el acto abusivo.

La previsión de que se adoptarán las medidas judiciales que impidan su persistencia ha de traducirse, en el régimen de las sociedades mercantiles, en la aplicación del régimen de nulidad del acuerdo previsto en dicho precepto legal cuando la persona legitimada ejercite la acción de impugnación del acuerdo.

13.- Debe precisarse que lo que provoca la nulidad del acuerdo no es el hecho de que afecte negativamente al derecho de un tercero. El ejercicio de los derechos por parte de sus titulares supone hacer uso de un haz de facultades que, normalmente, afectan negativamente al ámbito jurídico de los terceros, pero eso no los hace ilícitos. De ahí el axioma clásico que afirma que «el que usa de su derecho no causa daño a nadie».

Lo que provoca la nulidad del acuerdo es que esa afectación negativa al derecho de un tercero o, lo que es lo mismo, el perjuicio para el tercero, ha sido

producido por un acuerdo contrario a la ley, y que esa contrariedad a la ley consiste en que el acuerdo constituye un abuso de derecho.

14.- Lo expuesto determina que la decisión de la Audiencia Provincial es correcta, puesto que el acuerdo social constitutivo de un abuso de derecho que perjudica el interés legítimo de un tercero otorga a este la legitimación para impugnarlo y que se declare nulo por infringir la ley.

NOVENO.- Formulación del cuarto motivo

1.- El último motivo del recurso de casación se encabeza de este modo:

«Se formula al amparo del art. 477.1 de la LEC en relación con el punto 2.3º de dicho artículo por infracción del art. 7.1 y 2 del Código Civil, del Principio Contable nº 5 del Real Decreto 1514/2009 por el que se aprobó el nuevo Plan General de Contabilidad y de los arts. 301.1 a 5 de la Ley de Sociedades de Capital, en su versión anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014 de 3 de diciembre, y por tener el interés casacional que define el art. 477.3 de la LEC por oponerse a la doctrina sentada por las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 193/2000 de 4 de marzo, nº 45/2001 de 30 de enero, nº 1066/2003 de 18 de noviembre y la nº 942/2007 de 14 de septiembre».

2.- En el desarrollo del motivo se exponen dos argumentos fundamentales.

El primero consiste en que varias sentencias de este tribunal han desestimado la alegación de abuso de derecho en impugnaciones de acuerdos de aumento de capital que se habían hecho con amparo legal.

El segundo, que el Sr. [Jaime Manuel] XXXX no podría haber compensado el crédito que tenía frente a la sociedad (con cargo a cuya compensación se aumentó el capital y se le adjudicaron las nuevas participaciones sociales emitidas) con el crédito que la sociedad ostentaba frente a él porque el principio contable núm. 5 del Real Decreto 1514/2009 es precisamente el de no compensación de las partidas del activo y del pasivo.

DÉCIMO.- Decisión del tribunal. Inconsistencia del motivo

1.- Que sentencias anteriores hayan determinado, sobre supuestos en los que concurrían circunstancias

distintas, que no procedía estimar la acción de impugnación del acuerdo social de aumento de capital porque se había adoptado cumpliendo los requisitos legales y además no se apreciaba abuso de derecho, no significa que no sea posible apreciar abuso de derecho cuando concurren circunstancias distintas, de las que se desprenda la extralimitación en el uso del derecho y la concurrencia de los demás requisitos de dicha institución.

2.- El segundo argumento no solo tiene una naturaleza heterogénea respecto del anterior, sino que también es también inconsistente.

Que el Plan General de Contabilidad prohíba la compensación de partidas contables del activo y del pasivo no impide que los empresarios sujetos a la llevanza de contabilidad no puedan compensar los créditos que tengan con terceros, cuando concurren los requisitos precisos para que proceda tal compensación, ni les impide imputar los pagos que hagan a terceros a reducir el importe de su deuda, para posteriormente reflejar en el asiento contable correspondiente la cantidad correspondiente que resulte de la compensación de créditos o de la imputación de pagos».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2600/2015] DE 15 DE FEBRERO DE 2018 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]

Sociedades de capital: grupo de sociedades. Impugnación del acuerdo social de la filial por varios socios de la matriz por abuso de derecho. Régimen anterior a la reforma de la Ley 31/2014. Aunque el precepto aplicable para la decisión del recurso por razones temporales silencia el "abuso de derecho" y el "abuso de poder", ello no constituye un obstáculo insuperable para la anulación de los acuerdos sociales en tales supuestos, ya que, a tenor del artículo 7 del Código Civil, son contrarios a la ley. Ahora bien, existen algunos supuestos de abuso de derecho, en especial cuando afectan a conflictos intrasocietarios, en los que la conducta está expresamente tipificada como causa de impugnación del acuerdo social. En tal caso, al supuesto no le es aplicable el régimen general del artículo 7.2 del Código Civil sino que ha de estarse a lo previsto específicamente en la norma societaria. En el presente supuesto, el conflicto no se produce propiamente dentro de la sociedad, cuyo acuerdo social se impugna, y la impugnación no tiene por base

la lesión del interés social: el acuerdo social constitutivo de un abuso de derecho que perjudica el interés legítimo de personas formalmente ajenas a la sociedad es un acuerdo «contrario a la ley» y, por tanto, nulo. Por tal razón, el plazo de ejercicio de la acción de impugnación es de un año y la acción ejercitada no estaría caducada.

«Los hechos más relevantes que permiten comprender las cuestiones objeto de este recurso pueden resumirse del siguiente modo:

a) El Enebro S.A. (en lo sucesivo, El Enebro) es la sociedad matriz de un grupo de sociedades. El Enebro es titular del 99,99% de las acciones de la sociedad Bodegas Vega Sicilia S.A. (en lo sucesivo, Vega Sicilia). El 0,01% corresponde a otra sociedad del grupo, Bodegas y Viñedos Alión S.A. (en lo sucesivo, Alión).

b) Los titulares de las acciones de El Enebro eran los siete hermanos XXXX, D. Jesús David, D.ª María José, D. Juan Carlos, D.ª Elvira, D.ª Marta, D. Pablo Manuel y D. Emilio, y su padre, D. David XXXX, además de una pequeña cantidad de acciones en autocartera.

c) D. David XXXX interpuso el año 2010 una demanda contra sus hijos D. Pablo Manuel, D. Emilio, D. Juan Carlos, D.ª Elvira y D.ª Marta XXXX, en la que solicitaba que se declarara que ostentaba un derecho de usufructo vitalicio sobre 146.034 acciones de El Enebro, propiedad de sus hijos D. Pablo Manuel, D. Emilio, D. Juan Carlos, D.ª Elvira y D.ª Marta XXXX, y se condenara a estos a conferirle un poder con carácter irrevocable para ejercer en su nombre los derechos políticos correspondientes a las acciones sobre las que ostentaba el derecho de usufructo y de las que cada uno de los demandados era nudo propietario, y añadía en el suplico de la demanda:

«[...] pudiendo en su virtud, en nombre del respectivo poderdante, asistir y votar en las Juntas Generales, Ordinarias o Extraordinarias, de El Enebro, S.A., así como pedir su convocatoria, impugnar los acuerdos sociales y ejercer el derecho de información, de acuerdo con lo previsto en los apartados c) y d) del artículo 48 de la Ley de Sociedades Anónimas, con expresa mención en las correspondientes escrituras de apoderamiento de las siguientes circunstancias:

»- Primera.- Que, dado el carácter de representación familiar que según el artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas tienen dichos apoderamientos, los mismos no están afectados por las limitaciones que dicho precepto legal en este supuesto excluye.

»- Segunda.- Que no será obstáculo para el ejercicio por el apoderado de las facultades a él delegadas, la presencia o concurrencia en el mismo acto de los poderdantes.

»c. Condenar a los codemandados a estar y pasar por los pronunciamientos a) y b) anteriores.

»d. Condenar a los codemandados a otorgar cada uno de ellos irrevocablemente a favor de D. David XXXX los poderes previstos en el pronunciamiento b) anterior, de conformidad con todos y cada uno de los términos señalados en el mismo, bajo apercibimiento de que, de no hacerlo en el plazo de los veinte días siguientes a la fecha de la sentencia, o de no incluir todas las menciones anteriormente señaladas, se procederá judicialmente a tener por otorgados los mismos, dictando al efecto las resoluciones y medidas que sean procedentes».

d) Con la presentación de esa demanda, D. David XXXX pretendía que se le reconociera el ejercicio de los derechos políticos de las acciones que representaban el 50,699% de El Enebro.

e) En este enfrentamiento entre accionistas, con D. David XXXX se alineaban dos de sus hijos, Don Jesús David y D.ª María José XXXX, que junto con él interpusieron la demanda origen del presente recurso. De sumar los derechos políticos que reclamaba D. David XXXX a los que correspondían a esos dos hijos, ese grupo controlaría los derechos políticos correspondientes al 63,985% de las acciones de El Enebro.

f) Los otros cinco hijos de D. David XXXX (D. Juan Carlos, D.ª Elvira, D.ª Marta, D. Pablo Manuel y D. Emilio XXXX), enfrentados a su padre y a sus otros dos hermanos, integran el consejo de administración de El Enebro, junto con un consejero no accionista, D. Fernando Rodríguez-Arias Delgado, y son asimismo los consejeros que integran los consejos de administración de las sociedades Vega Sicilia y Alión.

g) La pretensión ejercitada en la demanda que ha dado lugar al presente recurso se basa en que en febrero y marzo de 2013, tuvieron lugar las siguientes actuaciones en las sociedades El Enebro y Vega Sicilia. En primer lugar, El Enebro compró a D. Juan Carlos, D.ª Elvira, D.ª Marta, D. Pablo Manuel y D. Emilio XXXX, integrantes de su consejo de administración, un paquete de acciones de Eulen S.A. (en lo sucesivo, Eulen) por un precio cuyo pago se fraccionaba durante siete años y cuyo importe, junto a los intereses del

aplazamiento, era de aproximadamente cien millones de euros. En garantía del pago del precio e intereses de la venta del paquete accionarial de Eulen realizada por D. Juan Carlos, D.ª Elvira, D.ª Marta, D. Pablo Manuel y D. Emilio XXXX a El Enebro, esta sociedad constituyó a favor de los vendedores un derecho de prenda sobre 10.255 acciones de Vega Sicilia, que suponen el 58,42% de su capital social. En esta operación, se establecieron limitaciones a la posibilidad de pago anticipado del precio, se previó que la constitución de la prenda atribuía a los acreedores pignoraticios los derechos políticos de las acciones pignoradas. Asimismo, la prenda se extendió a la parte proporcional de los dividendos inherentes a las acciones pignoradas necesarios para la liquidación del pago de los diferentes vencimientos del precio y sus intereses, en el caso de que el pignorante no cumpliera con su obligación de pago. El cumplimiento parcial de las obligaciones del pignorante no permitiría extinguir proporcionalmente la prenda.

h) La junta universal de Vega Sicilia (cuyos únicos socios eran El Enebro y Alión, sociedades controladas ambas por D. Juan Carlos, D.ª Elvira, D.ª Marta, D. Pablo Manuel y D. Emilio XXXX) celebrada el 25 de marzo de 2013 adoptó los siguientes acuerdos:

1) Modificar el artículo 7 de los estatutos sociales de Vega Sicilia en el sentido de eliminar el derecho de adquisición preferente por los accionistas en las transmisiones de las acciones de la sociedad originadas por ejecuciones judiciales o administrativas.

2) Modificar el artículo 9 de los estatutos sociales de Vega Sicilia para establecer un quorum reforzado del 66,66% del capital social, presente o representado, tanto en primera como en segunda convocatoria, para aprobar válidamente el nombramiento de administradores o cualquier modificación de los estatutos sociales.

3) Introducir un nuevo artículo 7 bis en los estatutos sociales de Vega Sicilia, en el que se atribuyen a los acreedores pignoraticios los derechos políticos correspondientes a las acciones pignoradas.

i) La demanda que en su día interpuso D. David XXXX contra sus hijos D. Pablo Manuel, D. Emilio, D. Juan Carlos, D.ª Elvira y D.ª Marta XXXX fue estimada en primera instancia. La sentencia estimatoria, dictada el 24 de junio de 2011, además de declarar que D. David XXXX ostentaba un derecho de usufructo de carácter vitalicio sobre 104.310 acciones de El Enebro de las

que los hijos demandados eran nudos propietarios, acordó:

«- Debo declarar y declaro la obligación de los demandados de conferir al actor, cada uno de ellos, poder irrevocable para ejercer los derechos políticos que corresponden a dichas acciones con expresa mención de que,

- dado el carácter de representación familiar que según el art. 108 LSA tienen dichos apoderamientos los mismos no están afectados por las limitaciones que dicho precepto legal en este supuesto excluye.

Y que

- no será obstáculo para el ejercicio de los derechos contenidos en la representación la presencia o concurrencia en el mismo acto del poderdante/s [...]».

j) Los demandados interpusieron un recurso de apelación que fue desestimado. Contra la sentencia de la Audiencia Provincial, interpusieron sendos recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, que fueron desestimados por la sentencia de este tribunal 256/2015, de 20 de mayo.

En la sentencia se argumentaba:

«Cuestión distinta es que los nudos propietarios otorgantes del poder, en las respectivas juntas de accionistas de la sociedad, puedan asistir a las mismas, con el efecto previsto actualmente en el art. 185 de la Ley de Sociedades de Capital (“la asistencia personal a la Junta del representado tendrá valor de revocación”). Pero ello no debe impedir que el poder se otorgue, pues en caso de que se revoque la representación al usufructuario por la asistencia personal del o de los nudos propietarios, y el voto de estos sea contrario al derecho que corresponde al usufructuario (derecho al dividendo, en todo caso), nacerá a favor de éste la acción de indemnización por los daños y perjuicios causados, conforme previene el art. 1.101 CC.

»[...] Si bien el poder que debe ser otorgado no necesariamente debe contener la mención al art. 108 de la derogada LSA, ni ninguna otra limitación que haga referencia al texto societario, como consecuencia de que actualmente rige el art. 187 LSC que otorga el carácter de revocación a la presencia en la junta del representado, no por ello deja de estimarse la pretensión ejercitada por el usufructuario en la demanda».

2.- D. David Álvarez Díez, Don Jesús David Álvarez Mezquíriz y D.ª María José XXXX, interpusieron el 13 de febrero de 2014 una demanda de juicio ordinario contra la sociedad Vega Sicilia, que es el origen del litigio que ha dado lugar a este recurso. En ella solicitaban que se declarara la nulidad de los acuerdos adoptados en la junta universal de socios celebrada el 25 de marzo de 2013 (modificación de los artículos 7 y 9 e introducción del artículo 7 bis en los estatutos sociales), por ser contrarios a la ley pues constituían un supuesto de abuso de derecho.

Las razones en que los demandantes fundaban esa pretensión consistían en que los acuerdos adoptados en la junta de socios de Vega Sicilia pretendían frustrar el éxito que D. David XXXX pudiera obtener en el anterior litigio, en el que solicitaba el reconocimiento del usufructo y los derechos políticos sobre la mayoría de las acciones de El Enebro. La prenda constituida sobre el 58,42% de las acciones de Vega Sicilia, que de acuerdo con la reforma de los estatutos de Vega Sicilia atribuía a los acreedores pignoratícios (los cinco hijos con los que estaba enfrentado) los derechos políticos sobre tales acciones, impedía que en caso de que D. David XXXX recuperara el control de El Enebro, ello se tradujera en el control sobre su filial Vega Sicilia.

Además, dado que los hijos con los que estaba enfrentado el Sr. [Don David] XXXX controlaban la sociedad Vega Sicilia mediante la atribución de los derechos políticos correspondientes a las acciones pignoradas, estos podrían oponerse al reparto de dividendos que posibilitaran a El Enebro pagar los plazos del precio de las acciones de Eulen, lo que permitiría a dichos hijos la ejecución de la garantía pignoratícia. La eliminación del derecho de adquisición preferente de los socios en caso de ejecución judicial sobre las acciones dificultaría que El Enebro pudiera recuperar la titularidad de las acciones de Vega Sicilia.

3.- Tanto el Juzgado Mercantil como la Audiencia Provincial, ante la que fue apelada la sentencia dictada por aquel, estimaron la excepción de caducidad de la acción opuesta por la demandada Vega Sicilia y desestimaron la demanda.

La Audiencia Provincial razonó que la impugnación de acuerdos sociales basada en el abuso de derecho no puede determinar su nulidad por ser contrarios a la ley, sino en todo caso su anulabilidad por ser lesivos para el interés social. Por tal razón, conforme al régimen legal aplicable, que era el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en lo sucesivo, TRLSC) anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3

de diciembre, el plazo de caducidad aplicable sería el de cuarenta días del art. 205.2 y no el de un año del art. 205.1 TRLSC.

SEGUNDO.- Formulación del recurso de casación

1.- El primer motivo del recurso de casación se encabeza así:

«Al amparo de los artículos 477.1, 477.2.3º y 477.3 de la LEC, por infracción de los artículos 204.1 y 2 y 205.1 y 3 de la LSC, y de los artículos 7.1 y 6.3 del Código Civil, en la modalidad de infracción de la doctrina jurisprudencial; Infracción de la Jurisprudencia según la cual el abuso de derecho, en sede de Junta General de accionistas, al adoptar acuerdos sociales, infringe el artículo 7.1 y 2 del Código Civil, lo que constituye infracción legal de conformidad con el artículo 6.3 del Código Civil y, por tanto, es causa de nulidad del acuerdo (artículo 204.1 y 2 de la Ley de Sociedades de Capital), lo que determina que la acción de impugnación del acuerdo adoptado con abuso de derecho esté sujeta al plazo de caducidad de un año, previsto en el artículo 205.1 y 3 de la Ley de Sociedades de Capital. El interés casacional en la resolución de este motivo resulta de la oposición de la Sentencia de 19 de junio de 2015 a dicha Jurisprudencia del Alto Tribunal, que resulta de las Sentencias de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo de fechas 2 de mayo de 1984, 5 de marzo de 2009 y 7 de diciembre de 2011».

2.- El segundo motivo del recurso lleva el siguiente encabezamiento:

«Al amparo de los artículos 477.1, 477.2.3º y 477.3 de la LEC, por infracción de los artículos 204.1 y 2 y 205.1 y 3 de la LSC, y de los artículos 7.1 y 2 y 6.3 del Código Civil, en la modalidad de existencia de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la consideración del abuso de derecho, en sede de Junta General de accionistas, al adoptar acuerdos sociales, como causa de nulidad de los acuerdos adoptados o como causa de anulabilidad de los mismos, con incidencia en el plazo de caducidad respectivamente establecido para el ejercicio de la acción de impugnación de dichos acuerdos en el artículo 205.1 y 2 de la Ley de Sociedades de Capital».

3.- La infracción legal que sirve de fundamento a ambos motivos es la misma. La diferencia entre uno y otro estriba exclusivamente en la justificación del interés casacional, que en el primero sería la contradicción a la doctrina jurisprudencial del Tribunal

Supremo y en el segundo sería la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Los argumentos que sirven de fundamento a la denuncia de infracción legal denunciada en ambos motivos consisten, resumidamente, en que el repertorio de infracciones legales cuya infracción determina que un acuerdo social sea «contrario a ley» y, por tanto, nulo e impugnabile en el plazo de un año (de acuerdo con la redacción de la TRLSC vigente cuando se adoptaron los acuerdos impugnados), no queda restringido a los contenidos en la legislación especial sobre sociedades mercantiles de capital, sino que se extiende a aquellas normas imperativas o prohibitivas que estén incluidas en otras disposiciones legales generales.

TERCERO.- Decisión del tribunal. El abuso de derecho como causa de impugnación del acuerdo social.

1.- Con carácter previo a analizar las razones del recurso, es necesario precisar cuál es la redacción de las normas legales aplicables para resolver el recurso. Se trata, en primer lugar, del art. 204 TRSLC en la redacción anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, cuyos dos primeros apartados establecían:

«Artículo 204. Acuerdos impugnables.

»1. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

»2. Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables».

En segundo lugar, el art. 205 TRSLC, también en la redacción anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, cuyos dos primeros apartados establecían:

«Artículo 205. Caducidad de la acción de impugnación.

»1. La acción de impugnación de los acuerdos nulos caducará en el plazo de un año. Quedan exceptuados de esta regla los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público.

»2. La acción de impugnación de los acuerdos anulables caducará a los cuarenta días».

Por tanto, para que el plazo de impugnación del acuerdo social sea el de un año, ha de tratarse de la impugnación de acuerdos nulos, para lo que era necesario que el acuerdo impugnado fuera «contrario a la ley».

2.- Sobre esta cuestión nos hemos pronunciado recientemente en la sentencia 73/2018, de 14 de febrero. En esta sentencia recordábamos que esta cuestión ha sido ya abordada por este tribunal en sus sentencias 873/2011, de 7 de diciembre, y 991/2011, de 7 de enero de 2012, en las que declaró que «aunque el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, aplicable para la decisión del recurso por razones temporales -hoy 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital [anterior a la reforma de la Ley 31/2014]- silencia el "abuso de derecho" y el "abuso de poder", ello no constituye un obstáculo insuperable para la anulación de los acuerdos sociales en tales supuestos, ya que, a tenor del artículo 7 del Código Civil, son contrarios a la ley -en este sentido apuntan las sentencias de 10 de febrero de 1992, 1136/2008, de 10 de diciembre, y 770/2011, de 10 de noviembre-».

Asimismo, la sentencia 510/2017, de 20 de septiembre, que cita como antecedentes las sentencias 272/1984, de 2 de mayo, y 171/2006, de 1 de marzo, confirmó la declaración de nulidad, con base en el abuso de derecho previsto en el art. 7.2 del Código Civil, de los acuerdos aprobados en una junta general en cuya convocatoria se incurrió en un abuso de derecho, puesto que aunque su convocatoria se ajustó formal y aparentemente a los preceptos legales que regulan la convocatoria de las juntas sociales, las circunstancias anormales que concurrieron (el administrador convocante se apartó del modo en que hasta ese momento se venían convocando las juntas en la sociedad, que era una sociedad cerrada de tan solo tres socios) y la finalidad con que se actuó (impedir que los socios titulares de la mitad del capital social asistieran a la junta y adoptar el acuerdo del administrador social enfrentado al administrador convocante de la junta).

3.- Existen algunos supuestos de abuso de derecho, en especial cuando afectan a conflictos intrasocietarios, en los que la conducta está expresamente tipificada como causa de impugnación del acuerdo social. En tal caso, al supuesto no le es aplicable el régimen general del art. 7.2 del Código Civil sino que ha de estarse a lo previsto específicamente en la norma societaria.

Así ocurre, por ejemplo, con los acuerdos sociales que, en el régimen del art. 204 TRLSA anterior a la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, incurrieran en un abuso de derecho que determinaba la lesión del interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Las sentencias 641/1997, de 10 de julio, y 1136/2008, de 10 de diciembre, con cita de la anterior sentencia de 10 de febrero de 1992, afirmaron que «la lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas (que es una de las causas de impugnación contempladas en el precepto invocado) puede producirse mediante acuerdos sociales adoptados con la intervención de las circunstancias tipificadoras del abuso del derecho».

Estos supuestos estaban expresamente tipificados en el art. 204 TRLSA, anterior a la reforma de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, como acuerdos impugnables (apartado 1) y de carácter anulable (apartado 2), lo que determinaba un régimen específico de caducidad de la acción (art. 205.1 TRLSA) y legitimación (art. 206.2 TRLSA), en el que los terceros ajenos a la sociedad carecían de legitimación, diferente por tanto al de los acuerdos nulos, en los que el plazo de caducidad era mayor y la legitimación más amplia.

De ahí que la sentencia 770/2011, de 10 de noviembre, tras reiterar que la ausencia de expresa referencia al abuso de derecho no es obstáculo para admitir que la lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas puede producirse mediante acuerdos sociales adoptados con la intervención de las circunstancias tipificadoras del abuso del derecho, afirmara que, como consecuencia de lo anterior, «no cabe descartar el abuso de derecho como causa de impugnación de acuerdos lesivos, sujeta al plazo de caducidad de cuarenta días previsto en el artículo 116.2 de la Ley de Sociedades Anónimas».

4.- El vigente art. 204 TRLSA, resultante de la reforma que llevó a cabo la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, prevé una modalidad específica de acuerdo impugnables por concurrir abuso por parte de la mayoría. El apartado segundo del vigente art. 204.1 TRLSA prevé a este respecto:

«La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en

interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios».

Es posible que algunos casos de «abuso de la mayoría», más que un abuso de derecho propiamente dicho, constituyan la infracción de un concreto deber jurídico por parte de los socios mayoritarios. Pero cuando la conducta en que consista el «abuso de la mayoría» revista las características propias del abuso de derecho (uso formalmente correcto de un derecho subjetivo, desbordamiento manifiesto de los límites normales del ejercicio de un derecho y daño a un tercero), no es preciso acudir a la disciplina general del art. 7.2 del Código Civil puesto que se ha tipificado expresamente cuál es la consecuencia jurídica de tal conducta en el ámbito societario.

5.- Sin embargo, existen supuestos en los que el abuso de derecho en que se ha incurrido al adoptar el acuerdo social no es reconducible a ese supuesto de acuerdo «lesivo» del interés social específicamente previsto en el art. 204.1 TRLSC, tanto antes como después de la reforma. Así ocurre cuando el abuso de derecho que supone la aprobación del acuerdo social no lesiona propiamente el interés social.

6.- La Audiencia Provincial encuadra la impugnación objeto de este recurso en el supuesto de impugnación de los acuerdos lesivos, al invocar el razonamiento de la sentencia 770/2011, de 10 de noviembre, que aplica el plazo de caducidad de cuarenta días prevista en su día en el art. 116.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (del que pasó al art. 205.2 de la redacción original del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital) a la impugnación del acuerdo social lesivo cuya causa es el abuso de derecho.

7.- Pero en el presente caso debe observarse que el conflicto no se produce propiamente dentro de la sociedad cuyo acuerdo social se impugna y la impugnación no tiene por base la lesión del interés social.

Los impugnantes no eran socios de la sociedad Vega Sicilia, cuyos acuerdos se impugnan, sino de la sociedad El Enebro. Por tanto, de acuerdo con la regulación anterior a la reforma del TRLSC llevada a cabo por la Ley 31/2014, al tener la condición de terceros respecto de la sociedad cuyos acuerdos se impugnan, de haber formulado una impugnación del acuerdo por ser lesivo para el interés social, carecerían incluso de legitimación para impugnar, puesto que no son ninguna de las personas a las que el art. 206.2, en su redacción anterior a tal reforma, concedía

legitimación para la impugnación de los acuerdos anulables, entre los que estaban los lesivos para el interés social en beneficio de uno o varios de los socios o de terceros.

La causa en que la demanda basaba la impugnación de los acuerdos de la junta general universal de la sociedad Vega Sicilia no era la «lesividad» de tales acuerdos, en el sentido del último inciso del art. 204.1 TRLSC, en la redacción aplicable, puesto que el perjuicio que, de acuerdo con la demanda, producían los acuerdos impugnados venía referido al interés de los propios impugnantes, socios de una sociedad distinta, aunque integrada en el mismo grupo, pero no al interés de la sociedad Vega Sicilia.

El perjuicio alegado en la demanda venía referido a algunos de los accionistas de El Enebro, concretamente a los demandantes, que eran terceros formalmente ajenos a Vega Sicilia, cuyo accionista de control era El Enebro, y venía determinado porque, de obtener el control de la sociedad El Enebro en el litigio iniciado por D. David XXXX contra otros cinco accionistas, el éxito de su demanda no le permitiría controlar la sociedad filial Vega Sicilia, pese a estar participada en un 99,99% por El Enebro y en un 0,01% por una filial de esta.

8.- La tesis de la sentencia recurrida priva de acción de impugnación a los perjudicados por la adopción de acuerdos sociales que, alegan, han sido adoptados con abuso de derecho, puesto que si se considerase que la causa de impugnación debía reconducirse a que se trataba de acuerdos lesivos para el interés social de Vega Sicilia y, por tanto, anulables, no solo el plazo de caducidad sería menor, sino que además los hoy demandantes no habrían estado legitimados para impugnar los acuerdos, al no ser socios ni administradores de Vega Sicilia (art. 206.2 TRLSC, en la redacción anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre).

9.- Como ya afirmamos en la sentencia 73/2018 de 14 de febrero, la causa de impugnación alegada ha de encuadrarse en el régimen general del art. 7.2 del Código Civil. Este precepto prevé, en primer lugar, que la ley no ampara el abuso de derecho, y, en segundo lugar, que tal abuso dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Este régimen supone que el acto constitutivo de un abuso de derecho es contrario al ordenamiento

jurídico, y de ahí que no resulte amparado por la ley y que deban adoptarse las medidas judiciales o administrativas que impidan su persistencia y, en su caso, dará lugar a la correspondiente indemnización.

La expresión «que sean contrarios a la ley» que se contiene en el art. 204.1 TRSLC ha de entenderse como contrariedad al ordenamiento jurídico, por lo que es causa de nulidad que el acuerdo social haya sido adoptado en fraude de ley (art. 6.4 del Código Civil), de mala fe (art. 7.1 del Código Civil) o con abuso de derecho (art. 7.2 del Código Civil). Cuestión distinta es que estas cláusulas generales del ordenamiento jurídico hayan de aplicarse correctamente y no de una forma que las desnaturalice.

10.- La Audiencia Provincial invoca la sentencia 127/2009, de 5 de marzo, en apoyo de sus tesis de reconducir la impugnación de los acuerdos sociales por constituir un abuso de derecho a la impugnación de acuerdos anulables sujetos al plazo de caducidad de cuarenta días.

Pero cuando esta sentencia afirma que «un ilícito (infracción legal) por principio no es el abuso del derecho», no está declarando que el abuso de derecho no constituya una contrariedad a Derecho en que puede fundarse la nulidad del acuerdo social. Por el contrario, dicha sentencia confirma la declaración de nulidad de un acuerdo social adoptado con abuso de derecho. Lo que se hace con esa afirmación es explicar que el motivo del recurso, que citaba como infringido el precepto de la Ley de Sociedades Anónimas en que se habría basado formalmente la adopción del acuerdo, está mal planteado, porque el acuerdo había sido declarado nulo por constituir un abuso de derecho, no por haber infringido una determinada norma societaria y «de haber estimado [la Audiencia] la existencia de una conculcación de la norma legal, no tendría sentido el acudir a la doctrina del abuso del derecho». En ese contexto es donde cobra sentido la afirmación de que una infracción legal no es un abuso de derecho, puesto que este supone la conformidad aparente con las normas legales que específicamente regulan la relación jurídica en la que se produce el acto o negocio abusivo.

11.- Sentado lo anterior, esta contrariedad al ordenamiento jurídico que resulta del art. 7.2 del Código Civil tiene trascendencia en el ámbito societario, a cuyos efectos debe entenderse como la «contrariedad a la ley» que conforme al art. 204.1 TRSLC, en la redacción aplicable al caso objeto del recurso, da lugar a que el acuerdo sea nulo y,

conforme al art. 206.1 TRSLC, esté legitimado para impugnarlo el tercero con interés legítimo, que en este caso es el interés que resulta dañado por el acto abusivo.

La previsión de que se adoptarán las medidas judiciales que impidan su persistencia ha de traducirse, en el régimen de las sociedades mercantiles, en la aplicación del régimen de nulidad del acuerdo previsto en dicho precepto legal cuando la persona legitimada ejercite la acción de impugnación del acuerdo.

12.- La decisión de la Audiencia Provincial no es correcta, puesto que el acuerdo social constitutivo de un abuso de derecho que perjudica el interés legítimo de personas formalmente ajenas a la sociedad es un acuerdo «contrario a la ley» y, por tanto, nulo. Por tal razón, el plazo de ejercicio de la acción de impugnación es de un año, y la acción ejercitada no estaría caducada.

13.- Lo expuesto en los anteriores apartados no supone que nos estemos pronunciando sobre si efectivamente existió el abuso de derecho invocado, sino si de acuerdo con las alegaciones y la pretensión ejercitada en la demanda, la acción ejercitada es una acción de impugnación de acuerdo nulo, por contrario a la ley, o anulable, por lesionar el interés de la sociedad en beneficio de socios o de terceros.

Una vez determinado que la acción ejercitada es la primera de las citadas, el enjuiciamiento sobre si se reúnen los requisitos del abuso de derecho habrá de hacerse por la Audiencia Provincial al entrar en el fondo de la cuestión debatida, al haber sido desestimada la excepción de caducidad de la acción.

14.- Dado que la Audiencia Provincial no entró a resolver las cuestiones de naturaleza sustantiva planteadas en la acción de impugnación, pues declaró caducada la acción, procede, conforme a lo solicitado por la parte recurrente con carácter principal, casar la acción y reponer los autos al momento anterior a dictarse la sentencia de la Audiencia Provincial, para que se resuelva el recurso de apelación, una vez desestimada la excepción de caducidad.

Al apreciar la caducidad de la acción ejercitada en la demanda, la sentencia de apelación no valoró la prueba sobre el fondo de la cuestión litigiosa y, lógicamente, tampoco la ha enjuiciado en Derecho. Falta por tanto, el juicio de hecho y de derecho sobre la cuestión de fondo objeto del proceso.

De ahí que, no siendo la casación un nuevo juicio que, como la apelación, permita una cognición plena sobre todas las cuestiones de fondo de hecho y de derecho sometidas a debate, y no habiendo sido estas enjuiciadas por la Audiencia Provincial, el pronunciamiento de esta sala deba limitarse, como autoriza el artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a casar la sentencia recurrida para que el tribunal de apelación, como órgano de instancia plenamente facultado para conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del proceso, las resuelva en sentencia que no podrá ya apreciar la caducidad de la acción ejercitada en la demanda, solución ya adoptada por la sentencia 899/2011, de 30 noviembre, y las que en ella se citan.

En todo caso, tanto la apelación como el eventual recurso de casación que se interponga contra la nueva sentencia de la Audiencia Provincial, serán de tramitación preferente».