

La intromisión de la jurisdicción ordinaria en el arbitraje de consumo¹.

The jurisdiction's interference in the consumer arbitration's context.

José María Ruiz Moreno

Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad de Jaén.
jmruiz@ujaen.es

Fecha de Presentación: noviembre de 2014. Fecha de Publicación: abril de 2015.

Resumen.

El control judicial por vía de la ejecución y anulación del laudo, en el arbitraje de consumo, está otorgando un trato de favor al consumidor que no tiene parangón con el resto de sujetos que intervienen en los procedimientos arbitrales, y no digamos ya respecto de los litigantes que hacen uso de la jurisdicción ordinaria. En los casos en que se trata de ejecutar un laudo, donde el ejecutado es un consumidor, los tribunales han empezado a sustituir la iniciativa que corresponde a las partes en el proceso de ejecución por la del *iudex*, con grave lesión para los derechos del ejecutante al obviar que el arbitraje es un *proceso* de instancia única. En cuanto a la anulación del laudo, su naturaleza jurídica no debería consentir una revisión sobre la justicia material del laudo, sin embargo la jurisdicción ordinaria se ha venido pronunciando sobre la

¹ Este trabajo ha sido realizado en el ámbito del Grupo de Investigación: "Estudios Procesales", Ref. SEJ-422 y del Proyecto I+D+i del Plan Nacional: "Nuevos instrumentos procesales para la tutela del crédito: especial referencia a la e-justicia y a las medidas europeas para la localización y embargo de los bienes del deudor", Ref. DER2011-23274 (cofinanciado con FEDER).

decisión de fondo de los árbitros con el pretexto de brindar protección al consumidor como único argumento.

Abstract.

The Spanish Court control over the consumer arbitration by means of the award's nullification or enforcement is granting a privileged status to the consumers beyond any possible comparison to the rest of the parties that take part in the arbitration processes as well as in the normal jurisdiction. In the case of an arbitration award's enforcement in which the person involved is a consumer the court is substituting the parties initiative for the judge's effort what obviously implies a gross loss for the rights of the party that is enforcing the award specially when it's forgotten that the arbitration is a sole instance process. Finally and concerning to the arbitration award's nullification we might affirm that due to its legal nature a revision over the material justice content existing in the arbitration award should never become admissible.

Sumario

- I. CONSIDERACIONES PREVIAS.
- II. LA TUTELA DEL CONSUMIDOR EN EL ARBITRAJE DE CONSUMO.
- III. LA SINGULARIDAD DE LA EJECUCIÓN EN EL ARBITRAJE DE CONSUMO.
 - A) Cuando el tribunal encargado de la ejecución del laudo lleva a cabo una indagación *ex officio* sobre la imparcialidad de los árbitros, con independencia del interés de las partes.
 - B) Cuando la situación de inferioridad del consumidor respecto del profesional con el que contrata puede compensarse mediante una intervención positiva (jurisdiccional) ajena a las partes del contrato.
 - C) Cuando el juez que conoce del proceso ejecutivo brinda una protección absoluta al consumidor y anula el laudo, pese a la aplicación del principio de cosa juzgada.
- IV. LA SINGULARIDAD DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN EN EL ARBITRAJE DE CONSUMO.
- V. CONCLUSIONES.

Palabras clave

Arbitraje, Consumidores, Consumo, Proceso Civil, Proceso de ejecución, Acción de anulación.

Keywords

Arbitration, Consumers, Consumption, Civil procedural, Executive process, Annulled.

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS.

Es suficientemente conocido que el arbitraje constituye un mecanismo de solución heterocompositiva de los conflictos jurídicos que tiene como sustrato fundamental la voluntad de las partes de someter a la decisión de los árbitros la resolución sobre un conflicto –presente o futuro– surgido a raíz de determinada relación jurídica. Esa idea de la autonomía, o de la libertad de las partes para someter sus controversias a la potestad de un colegio arbitral, excluyendo la vía jurisdiccional, es básica para entender el diseño de la institución arbitral y su relación con la actuación judicial, de suerte que el efecto negativo del convenio arbitral sirve para excluir la intervención de los órganos jurisdiccionales en *materias de libre disposición conforme a derecho* [art. 2.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante LA)]².

También es claro que el efecto negativo del convenio no es óbice para la intervención de los tribunales en el arbitraje si bien en supuestos concretos y tasados, todo ello conforme a la regla de mínimos que impone la autonomía de la voluntad de las partes que constituye elemento neurálgico de la institución arbitral. A grandes rasgos esa intervención tiene por finalidad tanto una tarea de *asistencia* como de *fiscalización o control*³. Y así mientras que con la primera se trata de integrar el poder de coerción o de *imperium* de que carecen los árbitros⁴, con la segunda de las actividades se trataría de supervisar o vigilar la regularidad del arbitraje, (tanto en su vertiente material como procedimental), tal como sucede en la llamada acción de anulación de laudo, que de suyo no da lugar a una segunda instancia ni tampoco permite revisar la cuestión de fondo sobre la que los árbitros se hayan pronunciado.

² El arbitraje se justifica sólo en la autonomía negocial de quienes suscriben el convenio arbitral, así pues esta fórmula heterocompositiva no implica ejercicio de jurisdicción, sino desarrollo procesal del principio negocial de la autonomía de la voluntad que rehúye y extraña la jurisdicción (vid. a LORCA NAVARRETE, Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre, San Sebastián, 2005, pág. 16). A este respecto la LA consiste en una norma que toma como patrón cardinal la Ley Modelo de UNICTRAL/CNUDMI. Esto explica el extraordinario y prácticamente ilimitado señorío de la autonomía de la voluntad que impregna la mayor parte del articulado de esta ley. Autonomía privada que se puede manifestar tanto a través de las declaraciones emitidas por las partes, cuanto de las que pueden emitir las entidades o instituciones administradoras del arbitraje o los propios árbitros. Más aun, la LA asume un protagonismo de carácter secundario o supletorio de la voluntad de las partes y en contadas ocasiones, su normativa, contiene preceptos que puedan considerarse imperativos o de obligado cumplimiento para las partes.

³ Sobre la distinción vid. a SENÉS MOTILLA, La intervención judicial en el arbitraje, Cizur Menor, 2007, pág. 26.

⁴ Y así la actividad judicial necesaria para llevar a cabo determinadas diligencias de prueba o la ejecución de las medidas cautelares y del laudo condenatorio.

Tanto la ejecución forzosa como la posibilidad de ejercicio de la acción de anulación, constituyen las expresiones más claras de intervención judicial en materia de arbitraje, y de forma muy destacada: en el de consumo⁵. Ello es así porque en el caso de la ejecución forzosa no existe interrelación alguna entre el juez de la ejecución y los árbitros, al contrario de lo que sucede en otras actividades como la adopción de medidas cautelares o la práctica de determinados medios de prueba (cfr. arts. 8.2 y 3; 23.1; 33 LA y el art. 724.I LEC), aparte de que la actividad ejecutiva es exclusiva de los tribunales y presupone siembre el cese de la jurisdicción de los árbitros (arg. art. 38.1 LA)⁶. A ello hay que añadir para el arbitraje de consumo el muy importante dato de que cuando el empresario solicita el despacho de la ejecución del laudo, se ha dado la circunstancia de que en no pocas ocasiones el juez de la ejecución se ha negado en base a la posición de desequilibrio y perjuicio que el convenio arbitral causa al consumidor. Esta cuestión no es ni mucho menos baladí dado que nos sitúa ante la disyuntiva de tener que tomar partido por el interés que en estos casos debe prevalecer, a saber: la aplicación estricta de la norma procesal habida cuenta que se está en presencia de un título ejecutivo firme que es equivalente jurisdiccional y que el juez de la ejecución viene obligado a despachar con sólo analizar la regularidad formal del mismo; o por el contrario hay que interpretar que la norma procesal debe quedar relegada a un segundo plano, de suerte que el juez podría negarse a despachar la tutela ejecutiva en aras de lograr la protección del consumidor. Como tendremos ocasión de comprobar, si en un primer momento la jurisprudencia, por lo general, ha sido poco proclive a admitir el control *ex officio iudicis* en el momento de ir a ejecutar el laudo, pronunciamientos más recientes (entre las que se encuentra la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de octubre de 2009, asunto *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08) admiten esta posibilidad prácticamente sin ningún género de restricción.

Por lo que se refiere a la acción de anulación, la misma tiene por objeto el control de la validez del laudo en su vertiente negativa o de mera anulación, de tal manera que el pronunciamiento estimatorio de la misma da lugar a una situación nueva que consiste en que el laudo que hasta ese momento era válido y ejecutivo, deja de serlo⁷. El principal problema que existe en relación

⁵ La regulación de este arbitraje especial se hace por medio del RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (en adelante, RDSAC), y que deroga el RD 636/1993, de 3 de mayo, de arbitraje de consumo.

⁶ Vid. a SENÉS MOTILLA, *La intervención...*, op., cit., pág. 146.

⁷ El art. 45.1 LA contiene la declaración de que: *el laudo es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación*, si bien lo que en realidad querrá decir el legislador es que el laudo es ejecutable desde que se dicta pese a la existencia de la acción de anulación. De esta manera la ejecución de la que habla el precepto no se hace depender de la firmeza del laudo, o por lo menos habrá que matizar que el término firmeza del laudo no puede corresponderse con la mención que a ese mismo concepto contienen los arts. 207 LEC y 245 LOPJ. Sobre el

con este tipo de acción impugnatoria es que con arreglo a su naturaleza jurídica no se permite una revisión sobre la justicia material del laudo, sin embargo ha habido ocasiones en el arbitraje de consumo donde los tribunales se han pronunciado sobre la decisión de fondo de los árbitros con el pretexto de brindar protección al consumidor.

II.- LA TUTELA DEL CONSUMIDOR EN EL ARBITRAJE DE CONSUMO.

Si bien a primera vista la intervención judicial en materia de arbitraje de consumo no difiere de la intervención prevista para el arbitraje común, hay una serie de elementos que invitan a replantear esta aparente similitud. En efecto, la especialización a la que obedece el arbitraje de consumo no lo es tanto en relación a la materia o sector concreto de que es objeto (cual sucede por ejemplo en materia de arbitraje de seguros, transportes, banca, etc.), como por el contrario de la especial consideración que merece para el legislador uno de los sujetos contratantes que da lugar al mismo: el consumidor. Esta idea es básica para entender la singular naturaleza que presenta este tipo de arbitraje. Con ello lo que pretendemos poner de relieve es que cuando el legislador diseña el arbitraje siempre lo hace partiendo de una normativa general, que en principio es apta para canalizar cualquier conflicto (naturalmente dentro de su ámbito objetivo⁸) así como para satisfacer unos mínimos exigibles, pero una vez completada esa función el legislador también diseña una normativa específica en la que se tiene en cuenta tanto las concretas necesidades de determinados sectores económicos o empresariales, como de igual manera la peculiar situación de los potenciales litigantes, y de entre estos últimos muy específicamente la de los consumidores. Esto es obvio en la medida que no se debe olvidar que cuando los empresarios o profesionales desarrollan un sistema arbitral, amparados en la normativa concreta sobre determinada materia o sector, no lo hacen tanto porque estén convencidos de las bondades o ventajas que presenta este instituto frente a la jurisdicción (comúnmente identificadas con: la reducción de costes, la mayor celeridad del procedimiento arbitral, la discreción sobre el conflicto, o su sencillez y antiformalismo), sino que más bien lo hacen para satisfacer las necesidades e intereses propios del sector en el que desenvuelven su actividad⁹. Si no se parte de esta realidad difícilmente se puede comprender el marcado carácter tutelar que preside toda la actividad procedimental en materia de arbitraje de consumo, y en la que también se puede incluir las funciones de *asistencia* y *fiscalización* que realizan los tribunales de justicia. Pero de igual manera pecaríamos de ingenuos si no tuviésemos en cuenta

particular, vid. a BARONA VILAR, "Comentario al art. 40 LA", en Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre), [coord. la autora], Madrid, 2004, en especial pág. 1347.

⁸ Cfr. art. 2.1 LA.

⁹ Al respecto vid. a CASAS VALLÉS, "Comentario a la Disp. Ad. primera, dos: art. 10.4 LGDCU", en Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano), Elcano, 1999, pág. 700.

que las instituciones arbitrales en cuya organización se promueve o administra el arbitraje no lo hacen de forma filantrópica, todo lo contrario: preside toda su actuación un componente mercantil y lucrativo, desde luego nada censurable en una economía de mercado como la nuestra, pero que, en ocasiones, a raíz de cierto asesoramiento previo que prestan a las empresas que con ellas contratan, se hacen sospechosas de determinado reproche de parcialidad, incompatible con la tarea arbitral.

Por otra parte es necesario percatarse de que con el arbitraje de consumo no se está regulando un arbitraje sustancialmente distinto del arbitraje común o genérico¹⁰, pues tanto en uno como en otro lo que se da es un cambio de foro o del ámbito de discusión por voluntad de las partes; del mismo modo que a uno y a otro son comunes los principios o reglas que presiden el procedimiento arbitral, a saber: principios de igualdad, audiencia y contradicción (cfr. arts. 24 LA, y 41.1 del RDSAC ¹¹); sin embargo la consideración tanto a nivel de legislador comunitario como nacional de que el consumidor adquiere bienes o servicios en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, esto es, con fines privados o para la satisfacción de necesidades propias, forzosamente sitúa al consumidor en una plano de dependencia material, y a la postre de debilidad jurídica, que trata de ser compensado con creces tanto por el legislador como por la praxis de los tribunales: ora unas veces estableciendo un catálogo de conductas y cláusulas que los contratos incorporan y que por ser contrarias a los intereses del consumidor se entienden por no puestas (art. 83.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en adelante TRLGDCU)¹²; ora, en otras, se declara la nulidad del convenio en que intervenga el consumidor y que ha sido estipulado antes de que surja el conflicto (art. 57.4 TRLGDCU), o inclusive otorgando *amplias facultades* al juez nacional para que de oficio puedan apreciar prácticas abusivas en contratos celebrados con consumidores por medio de la ejecución y anulación del laudo.

El trato de favor que por medio de estas intervenciones se otorga al consumidor, sobre todo las que tienen su origen en la actuación *ex officio iudicis*, es de tal magnitud que puede hablarse sin

¹⁰ Y probablemente como sucede con el resto de arbitrajes especiales. El art. 1.3 LA manifiesta que la ley *será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes*. Por su parte, la E. de M. del RDSAC (párrafo nº. 24) declara la supletoriedad de la LA en todo lo no previsto en esa norma.

¹¹ Si bien este último precepto también se refiere a la gratuidad que es específica del procedimiento arbitral de consumo.

¹²Por su parte el art. 9 de esta misma Ley establece que: *Los poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.*

ningún género de reserva de hiperprotección del consumidor¹³. Hiperprotección que además cuenta con el agravante de que no tiene parangón con el resto de sujetos que intervienen en los procedimientos arbitrales, sean comunes o especiales¹⁴, y no digamos ya en el ámbito de la jurisdicción ordinaria¹⁵.

En los siguientes apartados nos proponemos poner de relieve en qué medida los tribunales, por medio de sus resoluciones, están contribuyendo a otorgar un trato de favor al consumidor en cada uno de los ámbitos brevemente descritos.

III.- LA SINGULARIDAD DE LA EJECUCIÓN EN EL ARBITRAJE DE CONSUMO.

En primer lugar es necesario partir del hecho de que la ejecución del laudo no tiene un tratamiento distinto ni separado del previsto en la LEC para la ejecución de sentencias de condena (cfr. arts. 517.2.2º, 518 o 556 LEC, entre otros), dado que conforme al art. 44 LA la ejecución forzosa del laudo se rige por lo dispuesto en aquella Ley¹⁶, aun cuando sin perjuicio de algunas reglas específicas previstas tanto en una como en otra normativa (vgr. arts. 45 LA; 550.1 I y 559.1.4º LEC). Esta equiparación entre la ejecución del laudo y la sentencia procedente del órgano judicial es además expresa en otros muchos preceptos de la LEC, como son los arts: 518, 542, 548, 556, 557 y 559. Por lo demás esa asimilación es consecuencia de que nuestro ordenamiento ha reconocido al resultado del procedimiento arbitral un valor semejante al que concede al resultado de la actividad jurisdiccional, algo por otra parte lógico habida cuenta de que es la libertad de las partes la que permite a éstas acudir al arbitraje, luego si una vez dictado

¹³ De exorbitante se califica la protección actual dedicada al consumidor, en el AAP de Madrid (Sección 21ª), de 10 de diciembre de 2008 (AC 2009/123).

¹⁴ Llama poderosamente la atención cómo la LA, a diferencia de su antecesora de 1988, exclusivamente se refiera a dos tipos de arbitrajes especiales: el de consumo y el testamentario (cfr. la E. de M. párrafo n.º XV de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, con el art. 10 y Disp. Ad. Única de la LA).

¹⁵ Sin embargo si tuviésemos que establecer cierto paralelismo entre el arbitraje de consumo con otra fórmula de solucionar los conflictos de naturaleza heterocompositiva, habría que buscarla, salvando las distancias, en el ámbito del proceso laboral y respecto de unos de los sujetos en él intervinientes: el trabajador. A este respecto la Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral (E. de M. II.3) contiene la declaración, de que el proceso laboral *se caracteriza por un sentido compensador e igualador de las desigualdades que subyacen a las posiciones del trabajador y empresario*.

¹⁶ Declaración que asimismo confirma la E. de M. de la LA (n.º IX): *El título VIII se dedica a la ejecución forzosa del laudo. En realidad, la Ley de Enjuiciamiento Civil contiene todas las normas, tanto generales como específicas, sobre esta materia. Esta Ley se ocupa únicamente de la posibilidad de ejecución forzosa del laudo durante la pendencia del procedimiento en que se ejercite la acción de nulación*. Por su parte el Tribunal Constitucional ha manifestado que el arbitraje es un "equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada" (SSTC 62/1991, de 22 de marzo y 288/1993, de 4 de octubre).

el laudo, el mismo es incumplido, el arbitraje carecería totalmente de virtualidad práctica si no fuese posible exigir el cumplimiento forzoso de la resolución dictado por los árbitros, como ocurre con la sentencia¹⁷.

Una vez interpuesta la demanda ejecutiva¹⁸ en solicitud de la ejecución del laudo, y tras cumplir con el plazo de espera previsto en el art. 548 LEC, el órgano judicial¹⁹ viene obligado a despachar *inaudita altera parte* ejecución mediante auto que debe ser conforme con el contenido del art. 553 LEC. Ahora bien dado que el laudo es equiparable a la sentencia, entre doctrina y jurisprudencia es unánime la posición de que con carácter previo a que se despache ejecución el juez de la misma debe proceder al control de una serie de requisitos y presupuestos de tipo formal y procesal²⁰. Por el contrario mucho más problemático se presenta el hecho de que esa fiscalización se haga extensiva a cuestiones de fondo dado que si se admite esta posibilidad parece que, en un principio, se está dando pie a desnaturalizar el proceso de ejecución transformándolo en una suerte de nuevo cauce rescisorio no previsto por el legislador.

El análisis de esta última posibilidad presupone deslindar con carácter previo el punto de arranque a partir del cual el juez de la ejecución debe proceder al despacho del título ejecutivo (sea judicial o extrajudicial). Desde nuestro Derecho histórico y hasta el momento presente viene siendo regla comúnmente admitida que al juez de la ejecución le está vedado cualquier examen sobre el fondo, o lo que es lo mismo: que tenga que ver con la existencia del derecho que aparece documentado en el título ejecutivo. Por el contrario su análisis debe centrarse sólo en la existencia y regularidad formal del título ejecutivo que es el único requisito que estrictamente da

¹⁷ La actual LA ya no contiene, por innecesaria, la mención que hacía el art. 5.1 LA/1988 en el sentido de que el convenio arbitral deberá expresar la obligación de las partes de cumplir lo establecido en el laudo.

¹⁸ Dado que el laudo es consecuencia de un previo compromiso que traduce la voluntad de las partes de someterse a la decisión del colegio arbitral y sobre el que el juez permanece ajeno, para facilitar el examen de su análisis formal el art. 550.1 LEC ordena que, quien pretenda la ejecución del laudo, junto con el escrito en que solicite el despacho de la ejecución (demanda ejecutiva ordinaria del art. 549.1 LEC) debe aportar copia: a) del *convenio arbitral*, que queda justificada como instrumento a través del cual el juez ejecutor pueda examinar de oficio que la obligación de la que dimanó el laudo era arbitrable así como de lícito cumplimiento; b) del documento o documentos en que se acredite fehacientemente la *notificación del laudo* a las partes. Si bien no se especifica de forma expresa, la no presentación, junto con la demanda ejecutiva de alguno de estos documentos, debe dar lugar a la denegación del despacho de la ejecución por falta absoluta de título ejecutivo o por irregularidades formales en el mismo.

¹⁹ Aun cuando la competencia para conocer de dicha ejecución corresponde al Juez de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado el laudo (arts. 545.2 LEC y art. 8.4 LA), tras la creación y entrada en funcionamiento de los Juzgados de lo Mercantil esa competencia objetiva *ratione materiae* para la ejecución de las resoluciones arbitrales es compartida con los Juzgados de lo Mercantil (sean o no exclusivos), en función de cuál sea la materia sobre la que verse el arbitraje (vid. el art. 86 *ter.2*, g LOPJ). Por su parte los posibles recursos que se puedan plantear en la ejecución es competencia de la respectiva Audiencia Provincial (vid. arts. 562.1.2º y 563.1 LEC; 82.4. LOPJ).

²⁰ En particular aquellos que tienen que ver con el tratamiento procesal de la competencia y los requisitos del laudo a que alude el art. 37 LA.

pie a la actividad ejecutiva; entender lo contrario, implica desconocer, en línea de principios, la finalidad misma del proceso de ejecución forzosa, y que la misma siempre se inicia desde la constatación de un título ejecutivo resultado de una previa actividad declarativa (jurisdiccional o arbitral) que no es posible reproducir nuevamente²¹.

El procedimiento arbitral no constituye ninguna excepción a esa regla y así ante el incumplimiento del laudo con pronunciamiento condenatorio, una vez que se presenta la demanda ejecutiva con los requisitos antes señalados, el juez viene obligado a despachar ejecución sin que le esté permitido cuestionar la legalidad de la condena de fondo que se contiene en el laudo, y que está cubierta por los efectos de la cosa juzgada. O por decirlo con otras palabras: la cuestión de fondo quedó reservada a la *instancia arbitral*²², mientras que en sede jurisdiccional tuvo la oportunidad muy excepcional de ser *revitalizada* mediante el ejercicio de la acción de anulación²³, y desde ese punto de vista el examen que se lleva a cabo en el proceso de ejecución no puede ser nunca más amplio que el del proceso de impugnación y en mucha menor medida del que tuvo lugar en la instancia arbitral. Si así fuese ¿dónde estaría la utilidad del procedimiento arbitral frente a la jurisdicción? y, sobre todo, ¿qué ventajas habría para las partes en acudir al arbitraje cuando de antemano conocen que la decisión en este ámbito declarativo es provisional a resultas de la que se tome en vía jurisdiccional? A mayor abundamiento se ha argumentado que de admitirse la posibilidad de que el juez ejecutor pueda analizar el contenido material del laudo, se estaría otorgando un trato discriminatorio al despacho de ejecución de un laudo firme respecto del que se otorga a las sentencias firmes²⁴.

Entre la doctrina es prácticamente unánime la opinión de que el ejecutor puede denegar el despacho de la ejecución si constata que en el título ejecutivo (laudo de condena) concurren vicios formales (vgr. el laudo no está firmado, o no ha sido notificado), pero como regla general,

²¹ En relación a los títulos extrajudiciales normalmente son las exigencias del tráfico comercial las que justifican que se prescinda del proceso de declaración.

²² Inmediatamente se debe matizar que esa *instancia* es única en el sentido de que contra el laudo a que se refiere el art. 40 LA no cabe interponer ningún tipo de recurso ni ordinario ni extraordinario. Esto es, dictado el laudo finaliza la *instancia arbitral* y finaliza en sí el arbitraje. Es pues la decisión del legislador la que convierte en firme al laudo como consecuencia de la naturaleza de la resolución y del proceso del que deriva.

²³ Pese a que la naturaleza de esta acción de impugnación no es compatible con un análisis sobre el fondo, hay un lugar en la LA que invita a pensar en lo contrario (apartado VIII de su E. de M.), pues tras declarar que la acción de anulación tiene los motivos tasados, añade a continuación que los mismos *no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros*. Aunque con enormes reservas esto solo sería posible en relación al motivo que hace referencia al laudo contrario al orden público [art. 41.f) LA].

²⁴ LORCA NAVARRETE, "¿Puede el órgano jurisdiccional frente al que se insta la ejecución forzosa del laudo arbitral examinar su contenido?", Actualidad Jurídica Aranzadi nº. 671/2005, disponible en Westlaw.es.

no puede examinar el fondo de la decisión arbitral²⁵. Por su parte entre la jurisprudencia también es mayoritaria la opinión de que una vez dictado el laudo firme, e instada su ejecución, no cabe entrar en el examen de las cuestiones de fondo, sino tan sólo procede examinar las posibles irregularidades de carácter formal, y si concurren los requisitos de carácter procesal, no sustancial, para que pueda despacharse ejecución.

Resume esta posición el AAP (Sección 11ª), de 16 de enero de 2009²⁶, según el cual: *"El laudo, una vez firme, produce efectos idénticos a la cosa juzgada (artículo 43 LA) y es título ejecutivo según disponen los artículos 44 y sg. LA y 517.2.º LEC, de modo que, a la vista de la fuerza jurídica específica que nuestro ordenamiento reconoce al laudo arbitral, y teniendo en cuenta las previsiones establecidas en la Ley procesal que hemos reseñado, resulta que el laudo arbitral debidamente notificado si contiene pronunciamientos de condena y el deudor no los cumple, el acreedor puede instar la ejecución forzosa que sigue las normas reguladoras de la ejecución de títulos judiciales (...) El Juez con carácter previo al despacho de la ejecución no puede, en esta fase procesal, examinar el convenio arbitral para sobre la base de su nulidad denegar la ejecución sin perjuicio de que, una vez despachada, la parte formule oposición"*.

Al igual que el AAP de Vizcaya (Sección 4ª), de 4 de diciembre de 2007²⁷, en el que leemos: *"La denegación del despacho de ejecución (artículo 552 LEC) no puede fundarse en cuestiones de fondo, sino únicamente en cuestiones formales relativas al título, o al propio proceso de ejecución si no fuera subsanable la falta del presupuesto formal, es decir, en cuestiones relacionadas en el artículo 551 (jurisdicción y competencia, capacidad, defensa y representación*

²⁵ Con todo esta afirmación necesita de cierta matización. Así determinado sector niega la posibilidad de llevar a cabo cualquier tipo de control sobre la cuestión de fondo (LORCA NAVARRETE, "¿Puede el órgano jurisdiccional...", op. cit; PARDO IRANZO, "Comentario al art. 44 LA", en Comentarios a la Ley de Arbitraje, [coord. Barona Vilar], Madrid, 2004, en especial págs. 1549 y 1552); mientras que otros consideran que el ejecutor sólo puede denegar el despacho de la ejecución si constata que en el título ejecutivo concurren vicios formales, pero, como regla general, no puede examinar el fondo de la decisión arbitral (FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, "Comentario al art. 44 LA", en Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, (coord. González Soria), Cizur Menor, 2004, págs. 480 y 481). Sin embargo la posición mayoritaria sostiene que sólo es posible el control negativo (denegación del despacho) cuando el laudo se estime contrario al orden público, ya por falta de imparcialidad de los árbitros, ya porque el laudo resuelve sobre materias no susceptibles de arbitraje (MONTERO AROCA, "Comentario al art. 55", en Comentario breve a la Ley de Arbitraje, [coord. el autor], Madrid, 1990, p. 282 y 283; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, La ejecución de laudos arbitrales, Barcelona, 1996, pág. 190, SENÉS MOTILLA, La intervención judicial..., op. cit., págs. 182 y 183; BERNARDO SAN JOSÉ, Arbitraje y jurisdicción, Incompatibilidad y vías de exclusión, Granada, 2002, pág. 182; CUCARELLA GALIANA, El procedimiento arbitral, Bolonia, 2004, pág. 261 y PICÓ I JUNOY, "El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales", en Diario La Ley, nº. 6198, de 25 de febrero de 2005).

²⁶ AC 2009\679.

²⁷ JUR 2008\118460.

de las partes y cualidad con que aparecen en el título o según justificación documental, requisitos de la demanda, presentación de documentos necesarios, título formalmente constituido, actividades ejecutivas conformes, existencia de acción ejecutiva -no caducada-, y cumplimiento del plazo previsto en el artículo 548) y si quien ejercita la acción ejecutiva presenta un título regularmente constituido en su aspecto formal, los actos solicitados son conformes con la naturaleza y contenido del título y se cumplen los demás presupuestos que resultan del artículo 551 y concordantes de la LEC , el juez debe despachar ejecución".

Pero he aquí que cuando se trata del arbitraje de consumo nos encontramos con un cambio radical dado que si en circunstancias *normales* el juez no estaba autorizado a analizar la validez, suficiencia y existencia del convenio arbitral, a partir del instante en que se constata la existencia del consumidor se permite ese control, de tal manera que el juez puede negarse a despachar ejecución si considera que el convenio arbitral es contrario a los intereses del consumidor o le causa un grave desequilibrio, y aún cuando no se haya ejercitado su denuncia previa o control a través de la acción de anulación. El problema como puede comprenderse se plantea porque la LEC (vid. en especial sus arts. 551 y 552), lo mismo que la LA (vid. sus arts. 43 y 44), no autorizan a que el juez que conoce de la ejecución del laudo puede entrar a analizar, de oficio, si la cláusula arbitral es válida o nula. En base a esta inexistencia de autorización legal la postura tradicional de nuestras Audiencias Provinciales ha consistido, ya lo hemos visto, en entender que el juez debe dictar el auto de despacho de ejecución del laudo sin cuestionarse su contenido, incluso en los casos en que el convenio arbitral es nulo por constituir una cláusula abusiva²⁸.

La posibilidad de subvertir esta regla tiene una enorme transcendencia en la medida que implica sustituir la iniciativa que corresponde a las partes en el proceso de ejecución por la del *iudex*, con grave lesión para los derechos del ejecutante y del principio dispositivo, e, inclusive, permite hablar de una intromisión de la jurisdicción ordinaria en el arbitraje. No es de extrañar que dado el riesgo que representa esta postura y ante la inseguridad que la misma puede crear para la parte que solicita la ejecución del laudo (por cuanto su concesión, al fin y al cabo, va a depender

²⁸ Sin ánimo exhaustivo traemos a colación: AAP de Madrid (Sección 9ª), de 13 de mayo de 2004 (AC 2004\1584); AAP de Madrid (Sección 9ª), de 28 de octubre de 2004 (PROV 2004\313361); AAP de Madrid (Sección 11ª), de 14 de marzo de 2005 (PROV 2005\108099); AAP de Madrid (Sección 12ª), de 25 de octubre de 2005 (PROV 2005\251793); AAP de Madrid (Sección 21ª), de 12 de julio de 2005 (JUR 2005\191197); AAP de Madrid (Sección 21ª), de 11 de enero de 2006 (AC 2006\236); AAP Madrid (Sección 11ª), de 14 septiembre de 2006 ([JUR 2006\269371](#)); AAP de Madrid (Sección 19ª), de 12 de septiembre de 2006 ([JUR 2006\269568](#)); AAP de Madrid (Sección 19ª), de 30 de marzo de 2007 ([JUR 2007\202510](#)); AAP Vizcaya (Sección 4ª), de 3 diciembre de 2007 ([JUR 2008\118689](#)); AAP Madrid (Sección 11ª), de 6 noviembre de 2008 ([JUR 2009\35054](#)), AAP Madrid (Sección 11ª), de 21 noviembre de 2008 ([JUR 2009\47793](#)).

del criterio más o menos estricto que mantenga el tribunal ante el que se solicite su ejecución), determinadas Audiencias Provinciales hayan limitado esa posibilidad adoptando específicos Acuerdos sobre unificación de doctrina en materia de ejecución del laudo. Así el Acuerdo n.º. 10/2004, de 23 de septiembre, aprobado por los Magistrados de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Madrid, acordó en su apartado n.º. 10 que: “*en vía de ejecución de laudo arbitral no es apreciable de oficio la nulidad de la cláusula de sumisión al convenio arbitral, tanto en los arbitrajes de la Ley 36/1988, cuanto más en los de la Ley 60/2003*” (Acuerdo aprobado por mayoría de 22 votos a favor y 4 en contra) ²⁹.

El referido Acuerdo sin embargo no ha impedido que desde la misma Audiencia Provincial de Madrid se hayan dado voces discrepantes³⁰ e, incluso, recientemente, esta misma Audiencia ha revisado su posición inicial y es proclive a que durante la ejecución del laudo se pueda admitir el examen del convenio *ex officio iudicis* prácticamente sin limitaciones, siempre y cuando una de las partes contratantes ostente la condición de consumidora³¹.

Seguidamente vamos a analizar algunos de estos pronunciamientos jurisdiccionales con la intención no sólo de indagar qué extensión real tiene el examen *ex officio iudicis*, sino también cuáles han sido las circunstancias que han influido para que se haya variado la postura tradicional hasta ahora mantenida por nuestros tribunales.

A) Cuando el tribunal encargado de la ejecución del laudo lleva a cabo una indagación *ex officio* sobre la imparcialidad de los árbitros, con independencia del interés de las partes.

²⁹El mismo puede consultarse en JUR 2004\307394.

³⁰ Vid. entre otras resoluciones: AAP de Madrid (Sección 14ª), de 29 de julio de 2005 (AC 2005\210775); AAP de Madrid (Sección 10ª), de 17 de mayo de 2007 (AC 2007\1239); AAP de Madrid (Sección 20ª), de 15 de octubre de 2007 (AC 2007\2306) y SAP de Madrid (Sección 9ª) de 5 de mayo de 2008 (JUR 2008\177811). Sin embargo hay que señalar que todas estas resoluciones al referirse a la actividad de los árbitros están incurriendo en el error de entremezclar el concepto de independencia e imparcialidad, lo mismo que hace la LA en su E. de M. (n.º IV) y en el art. 17.1. En sentido estricto sólo la imparcialidad es predicable de la función arbitral. Al respecto vid. MONTERO AROCA, “Comentario al art. 17 LA”, en Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre), [coord. Barona Vilar], Madrid, 2004, pág. 672 y sg.; RUIZ MORENO: “Nombramiento y aceptación de los árbitros. Imparcialidad, abstención y recusación”, en Estudios sobre el Arbitraje: los temas claves (coord. González Montes, J.L.), Madrid, 2008, págs. 92 a 112.

³¹ Según el Acuerdo de la Junta para Unificación de Criterios de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 de septiembre de 2008, el juez de oficio puede denegar la ejecución del laudo, no sólo cuando el mismo tenga su origen en un convenio arbitral nulo por constituir una cláusula abusiva, sino cuando sea nulo por concurrir la causa de nulidad del art. 57 .4 TRLGDCU. Dicho Acuerdo se puede consultar en www.uclm.es/lcesco notas jurisprudencia.

En primer lugar traemos a colación el supuesto analizado por el AAP de Madrid (Sección 14^a) de 9 de mayo de 2005³², que tiene su origen en un arbitraje administrado por la AEADE³³ y en el que se condena al consumidor. El juez de Primera Instancia ante el que se solicitó la ejecución del laudo se negó a la misma por considerar que los gastos de administración, honorarios del árbitro y de notificación del laudo eran muy altos y desproporcionados en relación con el objeto del arbitraje. Recurrido el auto denegatorio de la ejecución, la Audiencia Provincial rechaza el argumento esgrimido por el juez ejecutor y considera que las cuestiones económicas derivadas del procedimiento arbitral tendrían que haber quedado al margen del control realizado por el juez de la ejecución. Sin embargo la Audiencia Provincial también desestima el recurso y niega la ejecución por entender que, no obstante tratarse de actividad ejecutiva, existe la posibilidad de control *ex officio* cuando al tribunal le conste la parcialidad de los árbitros aun cuando ese vicio no se hubiese denunciado por el consumidor a través del correspondiente ejercicio de la acción de anulación, y en concreto alegando que el laudo por ese motivo era contrario al orden público [art. 41.1 f) LA].

Lo sorprendente del caso no es tanto que la Audiencia Provincial infrinja las reglas de juego de la ejecución, sino que introduce un nuevo criterio, que ni ha sido alegado ni solicitado por las partes, con el pretexto de que durante el procedimiento arbitral se ha violentado las garantías mínimas que el principio de imparcialidad impone a los árbitros. Como la resolución reconoce, esta fiscalización es posible sólo cuando a través del procedimiento se haya acreditado la condición de consumidor de uno de los contratantes, dado que desde ese momento: *"tras visitar la página web de la citada asociación (los magistrados) hemos comprobado que en el apartado reservado a la actividad de telefonía móvil se dice: «AEADE a petición de las empresas del sector, ha diseñado uno bloques de contratos entre distribuidor y cliente, que vinculan a ambas partes (...)». La consecuencia de esa afirmación es clara; no existe la imparcialidad objetiva necesaria para la buena llevanza del proceso arbitral"*.

Por su parte el AAP de Madrid (Sección 21^a) de 10 de diciembre de 2008³⁴, que parte de un supuesto idéntico al analizado, matiza que es estrictamente la protección del consumidor la que justifica una investigación realizada en una sede totalmente extraña a la misma como es la ejecución, y aclara que: *"sin que consideremos (los magistrados) que, en ausencia de un interés especial digno de un régimen exorbitante de protección (como el del consumidor, usuario, menor de edad...), pueda llevarse a cabo una investigación, al margen de lo que figura en los concretos*

³² AC 2005\1233.

³³ Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad.

³⁴ AC 2009\123.

*autos enjuiciados, para imputar, a una asociación dedicada a la administración de arbitrajes, una falta de imparcialidad con carácter general, lo que supone una especie de proceso inquisitorial contra quien no ha podido defenderse de la acusación con un mínimo de garantías constitucionales*³⁵.

B) Cuando la situación de inferioridad del consumidor respecto del profesional con el que contrata puede compensarse mediante una intervención positiva (jurisdiccional) ajena a las partes del contrato.

Esta otra manifestación de control *ex officio iudicis* tiene su origen en la interpretación que de la Directiva 93/13/CE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados por los consumidores³⁶, ha realizado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) en respuesta a varias solicitudes de decisión prejudicial planteadas por tribunales nacionales (resueltas en las sentencias de 27 de junio de 2000, asunto: *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, C-240/98a C-244/98³⁷; sentencia de 21 de noviembre de 2002, asunto: *Cofidis*, C-473/00³⁸, y sentencia de 26 de octubre de 2006, asunto: *Centro Móvil Milenium*, C-168/05³⁹).

Según el TJCE el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13/CE se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional con el que contrata, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (sentencia *Centro Móvil Milenium* [apartado 25]). En opinión del TJCE esta situación de desequilibrio entre consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva ajena a las partes del contrato, por lo que reconoce a los jueces nacionales la facultad de examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula o convención para la consecución de los objetivos perseguidos por la Directiva 93/13/CEE (sentencia *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores* [apartado 27] y sentencia *Centro Móvil Milenium* [apartado 26]). Ese control *ex officio* que se reconoce al juez nacional constituye un medio idóneo para alcanzar el resultado señalado por la Directiva, cual es la de impedir que el consumidor quede vinculado por una cláusula abusiva, pero, también, por medio de ese examen,

³⁵ En idéntico sentido el AAP de Madrid (Sección 21ª), de 13 de enero de 2009 (JUR 2009\180501).

³⁶ LCEur 1993\1071.

³⁷ TJCE 2000\144.

³⁸ TJCE 2002\345.

³⁹ TJCE 2006\299.

se ejerce un efecto disuasorio que contribuye a poner fin a la utilización de este tipo de cláusulas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores (sentencia *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores* [apartado 28] y sentencia *Cofidis* [apartado 32]).

De las tres resoluciones mencionadas, la del 26 octubre de 2006⁴⁰ es la única que reconoce expresamente el control *ex officio* de una cláusula abusiva cuando el tribunal tiene que conocer de alguno de los motivos que dan lugar a la acción de anulación del laudo. Pero en ninguna de estas tres resoluciones se dice absolutamente nada sobre que ese control del juez nacional se pueda extender a la ejecución del laudo. Sin embargo esto no ha sido obstáculo para que en nuestro país muchos Juzgados de Primera Instancia, a los que se les ha solicitado la ejecución del laudo se hayan negado a despacharla, a pesar de que no se ha formulado oposición ni alegación por la parte ejecutada (consumidor). En muchos casos la denegación de estas ejecuciones fue apelada por las empresas que pretendían ejecutar el laudo, y en no menor medida las resoluciones desestimatorias de la ejecución fueron confirmadas por las Audiencias Provinciales encargadas de conocer de la apelación.

El AAP de Madrid (Sección 10ª), de 9 de abril de 2008⁴¹, es claramente representativo de esta tendencia, pues como en él se reconoce: *"esta facultad (se refiere a que "ex officio iudicis" se aprecie el carácter abusivo de una cláusula del convenio arbitral) no se hace depender de un concreto procedimiento y se ha de entender extensivo a todos aquéllos casos en que tenga intervención la jurisdicción, que en el caso de los arbitrajes son, o bien en procedimiento de anulación, o bien el proceso de ejecución"*.

Por su parte en el AAP de Madrid (Sección 20ª) de 28 de octubre de 2008⁴², leemos que: *"si son los órganos jurisdiccionales nacionales los que deben cuidar que el equilibrio entre las partes que convinieron someter a arbitraje sus diferencias sea efectivo y real, y no meramente teórico, evitando que sus derechos por el juego de las normas procesales puedan verse dañados, si del examen del contrato en el que figura la cláusula de convenio arbitral, en base a la que se ha dictado el laudo cuya ejecución se pretende, se desprende la nulidad de tal convenio, aun cuando no se hubiera interesado en ningún momento la misma, no debe accederse a la*

⁴⁰ Esa sentencia es consecuencia de la cuestión prejudicial planteada por la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Madrid (auto de 15 de febrero de 2005), bajo la vigencia de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, que erróneamente concebía esta acción autónoma de carácter impugnatorio como de auténtico recurso (vid. su Título VII).

⁴¹ AC 2008\1702.

⁴² JUR 2009\35299.

ejecución de tal laudo, y ello, reiteramos, en base al principio de efectividad en la salvaguarda de los derechos que el Derecho Comunitario ha establecido a favor de los consumidores, siendo el juez nacional quien debe de oficio declarar la nulidad de las cláusulas abusivas para proteger adecuada y sobre todo eficazmente los derechos de los mismos en la forma prevista en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1993, tal y como ha venido entendiendo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Criterio que, como hemos dicho, asumimos y compartimos en su totalidad⁴³.

C) Cuando el juez que conoce del proceso ejecutivo brinda una protección absoluta al consumidor y anula el laudo, pese a la aplicación del principio de cosa juzgada.

Llegados a este lugar conviene que nos detengamos un instante y tratemos de fijar el recorrido seguido hasta este momento por la jurisprudencia, en el caso en que el consumidor es condenado en un procedimiento arbitral, y el profesional o empresario solicita del juez competente la ejecución del laudo. En este recorrido creemos haber dejado claro los siguientes puntos:

1. Existe unanimidad jurisprudencial en reconocer que la ejecución forzosa siempre se inicia desde la constatación de un título ejecutivo donde el juez debe abstenerse de realizar cualquier examen que tenga que ver con la existencia del derecho que aparece documentado en el mismo. La ejecución forzosa del laudo se rige por lo dispuesto en la LEC y esta normativa no admite un control del laudo distinto del previsto para la sentencia, sin perjuicio del contenido de los arts. 550.1 I y 559.1.4º LEC.

2. Cuando el ejecutado es el consumidor hay tribunales que entienden que se debe despachar ejecución sin posibilidad de cuestionar el contenido del convenio arbitral, aún incluso en los casos en que éste incluya una cláusula abusiva. No obstante la tendencia mayoritaria de la jurisprudencia es negar la ejecución si se considera que el convenio arbitral es contrario a los intereses del consumidor o le causa un grave desequilibrio. A estos efectos da igual que el consumidor, con carácter previo, haya acudido al procedimiento arbitral a defenderse, o haya instado la acción de anulación del laudo⁴⁴. Esta interpretación se sustenta en la doctrina emanada del TJCE, en aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1993

⁴³ También en los AAAP de Madrid (Sección 20ª), de 25 de enero de 2008 (JUR 2008\98328) y de 24 de febrero de 2009 (AC 2009\890); al igual que el AAP de Barcelona (Sección 15ª), de 1 de julio de 2008 (JUR 2008\29057).

⁴⁴El TJCE mediante sentencia de 4 de junio de 2009, asunto: *Pannon GSM*, C-243/08 (TJCE 2009\155) ha aclarado que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y en consecuencia la posibilidad de control *ex officio iudicis* no está supeditada a que éste haya impugnado previamente con éxito tal cláusula (apartado 28).

(sentencias de 27 de junio de 2000, 21 de noviembre de 2002 y 26 de octubre de 2006). Sin embargo como anteriormente tuvimos oportunidad de señalar, ninguna de estas resoluciones del TJCE se hace eco del problema en el momento de ir a ejecutar el laudo. Con todo las Audiencias Provinciales están permitiendo la apreciación de oficio de la nulidad de un convenido arbitral en el trámite de ejecución del laudo, e, inclusive, algunos tribunales no han dudado en *rediseñar* el principio de seguridad jurídica al permitir que el título ejecutivo firme pueda ser atacado y destruido⁴⁵.

Pues bien, en fecha reciente el TJCE ha dado un paso más en la protección del consumidor puesto que el control *ex officio iudicis* también lo hace extensivo a la ejecución forzosa del laudo (sentencia de 6 de octubre de 2009, asunto: *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08)⁴⁶.

El pronunciamiento del TJCE es consecuencia de la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº. 4 de Bilbao, por medio de auto de 29 de enero de 2008. La petición de decisión prejudicial tiene lugar con arreglo a los siguientes hechos:

El 24 de mayo de 2004 se celebró un contrato de abono de telefonía móvil entre la empresa Asturcom y la Sra. Rodríguez Nogueira. Dicho contrato incluía una cláusula arbitral en virtud de la cual cualquier litigio relativo al cumplimiento del contrato se sometía al arbitraje de la AEADE. La Sra. Rodríguez Nogueira no pagó determinadas facturas y rescindió el contrato, por lo que Asturcom inició un procedimiento arbitral en el que el laudo dictado condenó a la Sra. Rodríguez Nogueira al pago de la cantidad de 669,60 €. Frente a este laudo la Sra. Rodríguez no ejercitó la acción de anulación. La empresa Asturcom solicitó la ejecución forzosa del laudo ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Bilbao. Para el juez executor la dificultad interpretativa se presenta porque aun cuando la cláusula contenida en el contrato de abono es de carácter abusivo⁴⁷, sin embargo la normativa aplicable al caso (LEC) no contiene ninguna disposición

⁴⁵ Según el AAP de Jaén (Sección 3ª), de 23 de octubre de 2007 (JUR 2008\46921): "*La correcta ejecución del laudo exige una labor de interpretación, más o menos compleja, según los casos, de los términos de la decisión arbitral. Por ello deben examinarse los apartados de la decisión de los árbitros, sin que a ello pueda oponerse la cosa juzgada, que supone la imposibilidad de someter de nuevo a la consideración judicial la misma materia que fue objeto del proceso, función negativa de la cosa juzgada, o la vinculación del Juez a un segundo proceso respecto de lo allí decidido, función positiva, pues ni la firmeza ni la ejecutividad de la sentencia o del laudo, supone que la acción se haya agotado definitivamente, ni que se dé definitivamente por concluida cualquier actividad de tipo declarativo; y así, la eficacia ejecutiva pueda ser atacada y destruida con posterioridad si concurren determinados requisitos*".

⁴⁶ JUR 2009\406611.

⁴⁷ En concreto: el convenio contiene una serie de disposiciones abusivas consistentes en que: Primero, se le impone al adherente la carga de tener que acudir a defenderse a una localidad lejana a su domicilio, que suele coincidir con

relativa a la apreciación *ex officio* por el juez encargado de la ejecución del laudo. En tales circunstancias, al albergar dudas acerca de la compatibilidad de la normativa nacional con el Derecho comunitario, el juez decidió suspender el procedimiento y plantear al TJCE la posibilidad de que si con arreglo a la protección que a los consumidores otorga la Directiva 93/13/CEE, puede el juez que conoce la ejecución forzosa del laudo apreciar de oficio la nulidad del convenio arbitral y en consecuencia anular el laudo.

La cuestión plantada por el juez español ha tenido una respuesta afirmativa del TJCE, con lo que a partir de esta resolución el juez del proceso ejecutivo tiene en sus manos un instrumento jurídico para brindar una protección casi absoluta al consumidor, aún cuando éste no haya ejercitado ningún tipo de acción para hacer valer sus derechos. No cabe duda que tras el pronunciamiento del TJCE se refuerza el control *ex officio iudicis* en un ámbito jurisdiccional poco apropiado para el mismo como es el de la ejecución. A primera vista este pronunciamiento del TJCE no parece que vaya a implicar ningún cambio en la práctica de nuestros tribunales, teniendo en cuenta que en su mayor parte la doctrina jurisprudencial ya venía otorgando ese grado de protección al consumidor en el momento de procederse a la ejecución del laudo.

Sin embargo una lectura más sosegada de la sentencia del caso *Asturcom* nos desvela al menos estas dos cuestiones:

A). En primer lugar, que el TJCE al tratar el papel del juez de la ejecución vuelve a actualizar un tema que ya en ocasiones anteriores había generado debate en su seno: la posible contradicción entre el principio de seguridad jurídica (en concreto, la aplicación de la cosa juzgada de las resoluciones nacionales) con el de defensa de la legalidad comunitaria.

El debate en torno a estos dos principios tuvo su origen en la sentencia del TJCE de 13 de enero de 2004, asunto: *Kühne & Nagel AG*, C-453/00⁴⁸, que aun cuando se refería a resoluciones administrativas que habían adquirido firmeza, se suscitaba la duda de si sus planteamientos eran trasladables a las resoluciones judiciales. Según las sentencias del TJCE de 16 de marzo de 2006, asunto *Kapferer*, C-234/04⁴⁹, (apartado 21) y de 3 de septiembre de 2009, asunto

el domicilio social de la parte predisponente; Segundo, la escasa cuantía de lo reclamado dificulta sobremedida la posibilidad de ser asistido por defensa técnica, y tercero, el convenio incluye una disposición en virtud de la cual, sea cual sea el resultado del procedimiento arbitral, los costes del arbitraje los soporta la parte que hubiese incumplido el contrato principal.

⁴⁸ TJCE 2004/10.

⁴⁹ TJCE 2006/80.

Fallimento Olimpiclub, C-2/08⁵⁰, (apartado 23): “El Derecho comunitario no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, del Derecho comunitario por la resolución en cuestión”. Pero con anterioridad a estas resoluciones también el TJCE había mantenido en su sentencia de 1 de junio de 1999, asunto *Eco Swiss*, C-126/97⁵¹, (apartado 46 y 47) que, el Derecho Comunitario no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a no aplicar las normas de procedimiento internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración del Derecho Comunitario por la decisión en cuestión.

Salta a la vista que en estas resoluciones el TJCE no entra en la cuestión relativa a la idoneidad de los medios procesales nacionales para garantizar la eficacia del Derecho comunitario. De hecho en la actualidad el TJCE, a falta de normativa comunitaria sobre el principio de cosa juzgada, sigue descartando la posibilidad de revisión de las resoluciones firmes que se continúa rigiendo por el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía procesal de éstos (sentencia del asunto *Asturcom* [apartado 38])⁵².

B). En segundo lugar, la sentencia del asunto *Asturcom* aclara que aun cuando la aplicación del principio de cosa juzgada se rige por el ordenamiento de los Estados miembros, el mismo no debe ser articulado de tal manera que las condiciones impuestas por el Derecho nacional para que se plantee de oficio una norma de Derecho comunitario no sean menos favorables que las que rigen la aplicación de oficio de normas de rango de Derecho interno (principio de equivalencia). En concreto recoge la sentencia que: “En la medida en que el juez nacional que conozca de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme deba, con arreglo a las normas procesales internas, apreciar de oficio la contrariedad de una cláusula arbitral con las normas nacionales de orden público, está igualmente obligado a apreciar de oficio el carácter abusivo de dicha cláusula desde el punto de vista del artículo 6 de la citada Directiva, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (apartado 53)”. Concluyendo esta misma resolución más adelante que: “Si este es el caso, incumbe a dicho órgano jurisdiccional extraer todas las consecuencias que, según el Derecho

⁵⁰ TJCE 2009\243.

⁵¹ TJCE 1999\110.

⁵² La diversidad de regímenes jurídicos existentes sobre la materia puede provocar la falta de uniformidad en la aplicación de mecanismos de defensa del Derecho comunitario. Acerca de esta cuestión vid. a MORENO GRAU, “Seguridad jurídica y legitimación en la jurisprudencia del TJCE, en Seguridad jurídica, legitimación y cosa juzgada, Cuadernos de Derecho Judicial, nº. 13, ed. CGPJ, Madrid, 2006 (recurso electrónico, voz: “Revisabilidad de sentencias firmes nacionales contrarias a Derecho comunitario”).

nacional, se derivan de ello para cerciorarse de que dicho consumidor no está vinculado por la citada cláusula (apartado 59)”

En definitiva el TJCE, ante la diversidad de regímenes jurídicos para garantizar la aplicación del Derecho comunitario, elude pronunciarse con carácter definitivo sobre un tema tan espinoso y en su lugar delega en el juez nacional el control *ex officio*, aunque supeditándolo a las normas procesales internas⁵³.

IV.- LA SINGULARIDAD DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN EN EL ARBITRAJE DE CONSUMO.

Si bien la acción de anulación en el arbitraje de consumo no cuenta con un grado tan exorbitante de extralimitación como el que anteriormente se ha estudiado para la ejecución, si conviene exponer determinados pronunciamientos jurisdiccionales en los que, merced a la interpretación a favor del consumidor que en ellos se hace, se pone en peligro la naturaleza de tan específico medio impugnatorio.

De este modo el control jurisdiccional que permite la acción de anulación a través de los arts. 40 a 42 LA no puede tener por objeto revisar el acierto o desacierto de la decisión arbitral, sino que por el contrario su finalidad se dirige al ejercicio de un control negativo sobre la legalidad del laudo⁵⁴. Se trata de controlar si la formación del compromiso arbitral se adecua con la voluntad de las partes, así como que en el arbitraje se ha procedido conforme al designio de la ley. Pero,

⁵³ Una de estas normas lo constituye el contenido del art. 57 .4 TRLGDCU, que considera nulo cualquier tipo de arbitraje pactado *ab initio* en el que intervenga un consumidor con excepción del de consumo. No obstante dudamos de la virtualidad de esta norma para solventar los conflictos que puedan afectar a los consumidores, pues pese a que priva de eficacia jurídica al pacto arbitral donde el consumidor preste su consentimiento antes de que surja la controversia, y a salvo el de consumo, el sistema es completamente defectuoso, o, al menos, deja sin cubrir un importante fleco. Esto es: no resuelve el momento posterior a la declaración de nulidad del convenio. El legislador no se ha percatado de que no obstante la sanción máxima de ineficacia que contiene ese precepto, el problema para el consumidor subsiste, pues aun cuando se declare la nulidad del convenio, ¿de qué ha servido su declaración si el conflicto todavía se mantiene?, y sobre todo, ¿cómo se resuelve el conflicto entre consumidor y empresario cuando la vía del arbitraje (salvo el especial de consumo) ha sido descartada *ope legis*? Del art. 57 .4 TRLGDCU nos estamos ocupando en un estudio que se publicará en los próximos meses.

⁵⁴La acción de anulación se orienta a estudiar los presupuestos que hacen posible el arbitraje, pero también que el procedimiento se ajusta a la legalidad vigente, y así su declaración produce efectos constitutivos. Esto es, da lugar a una situación nueva que consiste en que el laudo que hasta ese momento era válido y ejecutivo, deja de serlo. Un exhaustivo estudio sobre la naturaleza jurídica del laudo puede verse en el muy interesante trabajo de ARTACHO MARTÍN-LAGOS, “La controvertida firmeza del laudo”, Diario La Ley, nº. 6673, de 16 de marzo de 2007.

sobre todo, de la acción de anulación interesa dejar claro que se trata de una acción privada⁵⁵ cuyo ejercicio se restringe a las partes del proceso arbitral, luego si es el consumidor quién emprende la acción de nulidad del laudo a él y sólo a él le incumbe alegar y probar alguna de las circunstancias que pueden incardinarse en los motivos del art. 41.1 LA⁵⁶.

Admitir lo contrario, esto es que la Audiencia Provincial (órgano competente para conocer en única instancia de dicha acción: arts. 8.5 y 42.2 LA) pueda recabar actuaciones o acuerde la práctica de medios de prueba de oficio⁵⁷ supone una fiscalización de esta vía heterocompositiva que no es conforme con el principio de mínima intervención que preside el contenido del arbitraje, tanto el común como el especial de consumo.

Como es lógico presuponer no todos los motivos que dan lugar al ejercicio de la acción de anulación, y que aparecen enunciados en el art. 41.1 LA, tienen idéntica trascendencia en el arbitraje de consumo; en un alto porcentaje en que se han visto implicados los intereses de los consumidores uno de los motivos más invocados en la práctica ha consistido en denunciar la invalidez o inexistencia del convenio arbitral [art. 41.1, a) LA].

Respecto de este motivo interesa traer a colación el supuesto resuelto por la SAP de Madrid (Sección 21ª), de 27 de febrero de 2006⁵⁸, en el que una empresa dedicada al transporte de viajeros ejerce la acción de anulación al entender que la cláusula de sumisión al arbitraje estaba inserta en un contrato de adhesión que, dada la predisposición unilateral con que aparecía redactada, no era respetuosa con la exigencia de negociación que se presupone en todo convenio arbitral.

En este caso al tribunal le hubiese resultado muy fácil haber aplicado la Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, y por medio de ella declarar la ineficacia de la condición general en la que el adherente no había tenido oportunidad real de conocer de

⁵⁵Vid. a SENÉS MOTILLA, La intervención judicial..., op. cit., pág. 106. Como reconoce esta autora, "la naturaleza privada de la acción de anulación no es incompatible con los poderes conferidos al tribunal y al Ministerio Fiscal para *apreciar e invocar*, respectivamente, los motivos en los que subyace un interés público, en el bien entendido sentido que tal apreciación sólo es admisible en el marco de una impugnación de parte y a remolque de los hechos acreditados por los litigantes (carga de la prueba)".

⁵⁶ El fundamento de la enumeración *numerus clausus* que hace el precepto tiene su explicación en el significado recisorio que tiene la acción de anulación de suerte que no puede establecerse con carácter genérico la posibilidad de ejercicio de la pretensión rescisoria de la cosa juzgada del laudo arbitral.

⁵⁷ Excepción hecha de la posibilidad que establece ese mismo precepto en su apartado segundo.

⁵⁸ JUR 2006\130708.

manera completa al tiempo de la celebración del contrato (*arg. art. 7*)⁵⁹; sin embargo en su lugar prefirió *evolucionar* hacia un criterio interpretativo que tomase en consideración la condición subjetiva del destinatario del servicio y atribuir a la empresa de transporte la condición de consumidor, aún cuando, como se puede comprender, en este supuesto fuese a consta de presuponerla⁶⁰.

A la vista de resoluciones como la que acabamos de describir no es de extrañar que tanto empresas como profesionales, a la hora de confeccionar los contratos, pongan especial celo en que conste de manera inequívoca la verdadera condición del sujeto destinatario del servicio, bien recogiendo la razón social del mismo, o, bien haciendo que se marque con un aspa en la casilla específica creada a propósito la, en su caso, naturaleza mercantil del contratante⁶¹.

Seguidamente se analizará otro supuesto en el que los tribunales también hacen interpretación *pro-consumidor*, en esta ocasión por medio del análisis que deben llevar a cabo para comprobar la concurrencia de la alegación previa del vicio o infracción que posteriormente dejará expedita la acción de anulación, en aplicación del art. 6 LA.

Según el art. 6 LA que lleva por rúbrica «*renuncia tácita a las facultades de impugnación*»: *Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta Ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta Ley.* Luego mediante esta norma se viene a establecer una presunción *iuris tantum* de renuncia a las facultades de impugnación cuando no se denuncie, dentro del plazo previsto para

⁵⁹ Según ese artículo: *No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.* También el art. 2 de esta Ley contiene que su normativa es aplicable a los: *contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente-, con independencia de que goce o no de la condición de consumidor.*

⁶⁰ No se nos oculta que en el arbitraje de consumo las partes no tienen porqué coincidir estrictamente con el concepto de consumidor y empresario que se deduce de los arts. 3 y 4 del TRLGDCU, sino que la legitimación del consumidor dependerá del concepto de consumidor propio de la órbita normativa a la que se refiera la reclamación (sobre este aspecto vid. el trabajo de MARÍN LÓPEZ, "Presente y futuro del arbitraje de consumo: 43 cuestiones controvertidas", RDPriv., 2006, n.º 90, pág. 8). Con todo en el presente caso, a lo largo de todo el procedimiento arbitral, constó de manera inequívoca la naturaleza empresarial y mercantil de la parte demandante. En sentido diametralmente opuesto puede consultarse la SAP de Barcelona (Sección 15ª), de 12 de julio de 2006 (JUR 2006\270161).

⁶¹ Vid. la SAP de Valencia (Sección 8ª), de 22 de diciembre de 2005 (JUR 2006\101217).

ello o tan pronto como sea posible, la omisión de alguna norma dispositiva de la LA o algún requisito del convenio arbitral⁶².

Esta exigencia de alegación previa, que ya contaba con respaldo en la anterior Ley de Arbitraje⁶³, se ha venido interpretando como una consecuencia directa de la doctrina de los actos propios, puesto que se califica de inadmisibles el ejercicio de un derecho o acción que se halle en contradicción con una conducta y forma de comportarse anterior, contradictoria e incompatible con dicho ejercicio⁶⁴. Ahora bien mientras que, por lo general, la doctrina se ha mostrado poco partidaria de su aplicación, fundamentalmente por lo gravoso que puede resultar la prueba de un hecho negativo⁶⁵, entre la jurisprudencia es claramente mayoritaria la línea que viene abogando por una aplicación estricta del art. 6 LA⁶⁶. Sin embargo cuando lo que están en juego son los intereses del consumidor, esta misma doctrina jurisprudencial ha optado por una interpretación más laxa del precepto.

Representativa de esta tendencia es la SAP de Madrid (Sección 19ª), de 12 de julio, de 2005⁶⁷, pues si bien en ella el tribunal se plantea la duda de si a la falta de alegación es posible anular

⁶² Según se comenta en la E. de M de la Ley (apartado II): *El artículo 6 contiene una disposición sobre renuncia tácita a las facultades de impugnación, directamente inspirada -como tantas otras- en la Ley Modelo, que obliga a las partes en el arbitraje a la denuncia tempestiva e inmediata de las violaciones de normas dispositivas, esto es, aplicables en defecto de voluntad de las partes.* En el precepto subyace una doble finalidad: en primer lugar, posibilitar que el defecto o infracción pueda ser corregido siempre y cuando la corrección o subsanación sea posible, y, en segundo lugar, que si no se procede a la corrección queda patente el desacuerdo de la parte perjudicada con la situación creada, desacuerdo que le permitirá denunciar la infracción junto a la impugnación del laudo mediante la acción de anulación (Vid. GUZMÁN FLUJA, "Comentario al art. 6 LA", en Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre), [coord. Barona Vilar], Madrid, 2004, pág. 237).

⁶³ Art. 23 LA/1988.

⁶⁴ Esta doctrina parte de la idea de que *"las partes son dueñas del arbitraje en todos sus extremos y esa situación provoca que las mismas puedan consentir las infracciones que puedan existir a lo largo del arbitraje, de manera que sin una parte conoce una infracción y no lo denuncia a tiempo debe deducirse su voluntad intrínseca o tácita extraída de los actos que lleva a cabo, de consentirla"* (SAP de Valladolid [Sección 1ª], de 9 de febrero de 2006, JUR, 2006\134484).

⁶⁵ Vid. a CHILLÓN MEDINA/MERINO MERCHÁN, "Valoración crítica de la nueva Ley de Arbitraje", Diario La Ley, nº. 5945, de 2 febrero de 2004 y a ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, "Algunas cuestiones sobre la anulación judicial del laudo en la Ley 60/2003, de Arbitraje", Diario La Ley, nº. 6108, de 18 de octubre de 2004.

⁶⁶ Vid la SAP de Valladolid (Sección 1ª), de 9 de febrero de 2006, JUR, 2006\134484; SAP de Madrid (Sección 11ª), de 17 enero de 2003, AC 2003\399; SAP de Madrid (Sección 11ª), de 31 de julio de 2003, JUR 2004\196338; SAP de Madrid (Sección 10ª), de 18 de marzo de 2004, AC 2004\1030 y SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), de 14 de febrero de 2007, JUR 2007\153250, entre otras muchas.

⁶⁷ AC 2005\1499.

el efecto de la renuncia tácita de la acción de nulidad, finalmente la protección prioritaria de los derechos de los consumidores consigue mitigar el rigor en la interpretación del art. 6 LA⁶⁸.

V.- CONCLUSIONES.

En primer lugar, la posición mayoritaria de la jurisprudencia en los casos en que se trata de ejecutar un laudo donde el ejecutado es un consumidor, implica sustituir la iniciativa que corresponde a las partes en el proceso de ejecución por la del *iudex*, con grave lesión para los derechos del ejecutante y del principio dispositivo, e, inclusive, permite hablar de una intromisión de la jurisdicción ordinaria en el arbitraje, al obviar que se trata de un proceso de instancia única. La sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2009 ha instado a los jueces de la ejecución para actuar de oficio y de esta manera garantizar la protección del consumidor; sin embargo en España la doctrina de las Audiencias Provinciales ya había aplicado esta regla con anterioridad.

En segundo lugar, la presencia de un consumidor no debería alterar la regla base que preside la actuación del órgano encargado de la ejecución: el principio de oportunidad. Esto conlleva que el juez debe abstenerse de realizar un examen de la justicia intrínseca que documenta el título que se le presenta, como de igual modo en la acción de anulación del art. 40 LA, al tribunal no le está permitido analizar la decisión de fondo tomada por el colegio arbitral más allá de los motivos concretos del art. 41.1 LA. Directamente relacionado con esto último, si en la LA se parte de que la presencia de los tribunales en el procedimiento arbitral debe estar presidida por la idea de la mínima injerencia (vid. art. 8 LA), asistimos a una contradicción en caso de que se permita al juez ejecutor un examen del título (laudo) que vaya más allá de la mera constatación de sus requisitos formales.

En tercer lugar, se echa de menos un criterio unificador de las decisiones procedentes de las Audiencias Provinciales al resolver el recurso de apelación contra el auto que niega la ejecución del laudo, y donde el ejecutado es el consumidor. Cierto que aquí la utilización de un recurso extraordinario en unificación de doctrina no es posible porque no existe actualmente, pero no lo es menos que los Acuerdos sobre unificación de criterios jurisprudenciales en materia de ejecución del laudo sólo han tenido un muy limitado alcance.

⁶⁸ Por lo demás existen supuestos evidentes donde no es posible una aplicación estricta del art. 6, con independencia de la concurrencia del consumidor. Así sucede, por ejemplo, cuando un laudo es dictado por los árbitros resolviendo cuestiones que no son de su decisión, en cuyo caso parece obvio que la estimación de la acción de anulación no puede venir condicionada por la alegación previa de dicho motivo.

En cuarto lugar, si en la ejecución no es posible cuestionar el tema de fondo menos aún lo deber ser el llevar a cabo una investigación realizada en una sede totalmente extraña a la misma permitiendo que el tribunal pueda comprobar la imparcialidad del colegio arbitral, y al margen de los datos que figuran en los autos objeto de enjuiciamiento. Supuestos de protección exorbitante para el consumidor, como los que hemos visto, no deberían hacerse a consta de subvertir las reglas de juego que preside la actividad ejecutiva. Luego si lo que los tribunales pretenden (y en buena medida, también, el legislador) es tutelar eficazmente a consumidores y usuarios no debe lograrse a costa de los principios cardinales del proceso de ejecución, incluso tratándolos como si se encontrasen en una situación de *capitis diminutio*; antes al contrario: cabría cuestionarse si de *lege ferenda* no sería preferible reforzar su información y educación cívica, en lugar de ultra-protegerlos⁶⁹.

En quinto lugar, cuando se impugna el laudo o cuando se le ejecuta, la Audiencia Provincial o el Juez de la ejecución, respectivamente, al examinar el convenio arbitral no están analizando la decisión de fondo (en mi opinión esta decisión se encuentra solamente en el laudo), están enjuiciando el presupuesto base del arbitraje, para comprobar si la declaración o manifestación de voluntad que conste en ella se ha ejercido libremente en el caso, si la materia es arbitrable, etc. En materia de consumo, la norma prohibitiva con su efecto de nulidad está dirigida, a fin de controlar su incumplimiento, tanto al consumidor como al Juez porque la nulidad como efecto sancionatorio es irrenunciable. Así las cosas, se trata de una excepción a la regla general, pues el TJUE ha venido a introducir, mientras no se modifique la LA o la LEC, un nuevo supuesto dentro del concepto jurídico indeterminado del "orden público". España, con la aprobación de la LA vigente, abrazó sin traba alguna la Ley Modelo de arbitraje elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), favoreciendo en gran medida a las grandes empresas, ahora el TJUE nos obliga a efectuar algunas matizaciones en nuestra normativa.

Finalmente, el control jurisdiccional por medio de la acción de anulación que reconocen los arts. 40 a 42 LA, en sentido estricto, tendría que tener por objeto el ejercicio de un control negativo sobre la legalidad del laudo, esto es, se trataría de apreciar si la formación del compromiso arbitral se adecua con arreglo a la voluntad de las partes, así como que durante el procedimiento arbitral se ha procedido conforme al designio legal. Sin embargo, por enésima vez, la tutela del

⁶⁹ En este último sentido vid. a DE LA OLIVA SANTOS, "Sobre la protección jurisdiccional a los consumidores y usuarios", Estudios Sobre Consumo, n.º. 16, julio de 1989. Se puede consultar en: http://www.consumo-inc.es/Publicac/EC/1989/EC16/EC16_09.pdf

consumidor es argüida por los tribunales como pretexto para revisar el acierto o desacierto del árbitro con la decisión de fondo.