

**EL TJUE CONSOLIDA LA OBLIGACIÓN DEL JUEZ DE LA EJECUCIÓN DEL
LAUDO DE APRECIAR DE OFICIO LA EXISTENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS:
LA DOCTRINA ES CLARA Y PRECISA DESDE EL CASO PANNON***

STJUE de 28 de julio de 2016 (asunto C-168/15)

José María Martín Faba
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha
Abogado colegiado en el ICA Toledo

Fecha de publicación: 2 de septiembre de 2016

1. Introducción acerca del objeto del asunto principal

El pleito subyacente a la cuestión prejudicial planteada aborda en parte un asunto controvertido en materia de cláusulas abusivas, a saber, la obligación del juez de la ejecución forzosa de un laudo de examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual.

Esta obligación no siempre se ha establecido por el TJUE de manera clara y precisa. Además, no en todos los casos el TJUE ha constituido esta obligación del juez nacional en el marco de litigios relativos a un procedimiento de ejecución de un laudo. Aunque como veremos, la jurisprudencia europea más reciente se pronuncia de forma incontrovertible a favor de la obligación del juez de examinar el carácter abusivo de una cláusula en determinadas circunstancias¹ y, en su caso, de extraer de ello todas las consecuencias, la delimitación por el TJUE de esta obligación se ha caracterizado

* Trabajo realizado en el marco de la beca de colaboración con referencia 2016-BCL-5999 para el Proyecto «Grupo de investigación del profesor Ángel Carrasco» cuyo director e investigador responsable es el Prof. Dr. Ángel Carrasco Perera, de la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM).

¹ Vid. SSTJUE de 14 de marzo de 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164), apartado 46; de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito (C-488/11, EU:C:2013:341), apartado 49; de 27 de febrero de 2014, Pohotovost' (C-470/12, EU:C:2014:101), apartado 34; de 30 de abril de 2014, Barclays Bank (C-280/13, EU:C:2014:279), apartado 34; de 17 de julio de 2014, Sánchez Morcillo y Abril García (C-169/14, EU:C:2014:2099), apartado 24; de 9 de julio de 2015, Bucura (C-348/14, EU:C:2015:447), no publicada, apartados 43 y 44, y auto de 16 de julio de 2015, Sánchez Morcillo y Abril García (C-539/14, EU:C:2015:508), apartados 26 a 28.

durante largo tiempo por una cierta ambigüedad y ha tenido su cuna en procesos con particularidades diferentes².

Así, a la luz de una postura ya consolidada el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional *tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello*³. Sin embargo, como expone el Abogado General en sus conclusiones (apartado 66), la consagración de esta obligación no es ni mucho menos evidente en relación a procedimientos como el de ejecución forzosa de un laudo arbitral que implican a menudo una intervención marginal⁴ o casi inexistente⁵ del juez nacional competente.

Como veremos, en España, la legislación procesal civil no permite al juez de la ejecución de un laudo arbitral apreciar de oficio la abusividad de una cláusula dispuesta en el instrumento que formaliza la relación jurídica entre el consumidor y el profesional. Lo anterior ha provocado controversias doctrinales y jurisprudenciales entre los partidarios del control de oficio y los que no lo son.

En general, el asunto principal del que trae causa la cuestión prejudicial planteada versa sobre los requisitos por los cuales puede generarse responsabilidad de un Estado miembro con vistas a solicitar la indemnización de los daños causados a un consumidor por vulneraciones del DUE imputables a un órgano jurisdiccional nacional, particularmente, por la omisión de este de examinar de oficio la existencia de cláusulas abusivas en el título que fundamenta la ejecución, en este caso un laudo arbitral que tiene su origen en la suscripción de un contrato de crédito al consumo que contiene presuntas cláusulas abusivas.

² Como veremos a lo largo del presente comentario parece que es a partir de la sentencia de 4 de junio de 2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350, apartado 32), cuando el Tribunal de Justicia se ha pronunciado claramente en el sentido de una “obligación” del juez nacional, más allá de la posibilidad que se le había reconocido en los asuntos anteriores.

³ V.gr. STJUE de 14 de marzo de 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164), apartado 46.

⁴ Ya se pronunció en este sentido el Sr. Nils Wahl en sus conclusiones del asunto Sánchez Morcillo y Abril García (C-169/14, EU:C:2014:2110), apartado 53. Afirmaba el Abogado General que en “*un procedimiento de ejecución, como el controvertido en este asunto, que tiene por objeto el pago de un crédito dotado de un título ejecutivo que se presume válido, es, por su propia naturaleza, muy distinto del procedimiento declarativo*”.

⁵ Vid. STJUE de 1 de octubre de 2015, ERSTE Bank Hungary (C-32/14, EU:C:2015:637), en lo relativo al procedimiento simplificado de ejecución forzosa notarial existente en Hungría.

2. Los hechos del litigio principal

La Sra. Tomášová, jubilada, celebró en 2007 un contrato de crédito al consumo con Pohotovost' por un importe de 232 euros. El contrato de adhesión disponía una cláusula de sumisión a arbitraje que atribuía competencia exclusiva para la resolución de los litigios contractuales a un tribunal arbitral con sede a más de 400 kilómetros del domicilio de la Sra. Tomášová. Por otra parte, el contrato controvertido incluía una cláusula de intereses de demora del 91,25% anual y no especificaba la TAE.

Posteriormente, la prestataria incurrió en mora al no rembolsar el importe del crédito, no pudiendo tampoco abonar los intereses de demora devengados. Por esta razón contrató otro préstamo con Pohotovost' por importe de 232,36 euros.

El Tribunal Permanente de Arbitraje de Eslovaquia mediante resoluciones de 9 de abril y de 15 de mayo de 2008 condenó a la prestataria a abonar a la entidad prestamista varios importes por no haber devuelto los créditos, adicionando los intereses de demora y las costas del procedimiento.

Consecuentemente, Pohotovost' presentó el 13 y el 27 de octubre de 2008 demandas de ejecución ante el Tribunal de Distrito de Prešov, Eslovaquia, que este estimó mediante resoluciones de 15 y 16 de diciembre de 2008.

Así las cosas, la Sra. Tomášová presentó una demanda contra el Ministerio de Justicia de la República Eslovaca solicitando una indemnización por un importe de 2.000 euros, ya que a su juicio se la habían irrogado daños y perjuicios derivados de una presunta vulneración del DUE por el Tribunal de Distrito de Prešov, debido a que en el marco de dicho procedimiento el citado órgano jurisdiccional estimó las demandas de ejecución de resoluciones dictadas con fundamento en una cláusula de arbitraje abusiva.

Luego, el Tribunal de Distrito de Prešov en sentencia de 22 de octubre 2010 desestimó la demanda de la Sra. Tomášová ya que entendía que esta no había utilizado todas las vías de recurso de las que disponía, que los procedimientos de ejecución en cuestión no habían concluido todavía de forma definitiva y que, por consiguiente, aún no era posible considerar producido el daño alegado.

A raíz de la desestimación de la demanda la prestataria recurrió en apelación la sentencia y el Tribunal Regional de Prešov mediante decisión de 31 de enero de 2012 anuló dicha resolución y devolvió los autos al Tribunal de Distrito de Prešov, al

considerar que no era convincente el argumento que este tribunal formuló para motivar la desestimación de la demanda de indemnización presentada por la Sra. Tomášová.

3. Las cuestiones prejudiciales planteadas

Ante esta coyuntura, el Tribunal de Distrito de Prešov decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE las cuestiones prejudiciales siguientes:

- 1) *“¿Constituye una grave violación del Derecho de la Unión Europea el hecho de que, de forma contraria a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en un procedimiento ejecutivo incoado sobre la base de un laudo arbitral, se exija una cantidad derivada de una cláusula abusiva?”*
- 2) *¿Puede nacer la responsabilidad de un Estado miembro por violación del Derecho de la Unión antes de que la parte en el procedimiento agote todas las vías jurídicas de que dispone en el marco de un procedimiento de ejecución de una decisión de conformidad con el ordenamiento jurídico del Estado miembro? Habida cuenta de los hechos del asunto, ¿puede nacer dicha responsabilidad del Estado miembro, en tal caso, antes de que haya finalizado el procedimiento de ejecución de una resolución y antes de que la recurrente haya agotado todas las vías para exigir la devolución de lo cobrado indebidamente?*
- 3) *En caso de respuesta afirmativa, ¿constituye una violación del Derecho de la Unión suficientemente caracterizada la actuación de un órgano como la descrita por la recurrente, habida cuenta de las circunstancias del caso de autos, en particular de la absoluta pasividad de la recurrente y del hecho de no haberse agotado todas las vías jurídicas de recurso que ofrece el Derecho del Estado miembro?*
- 4) *Si en el caso de autos se ha producido una violación suficientemente cualificada del Derecho de la Unión, ¿se corresponde el importe reclamado por la recurrente con el daño del que es responsable el Estado miembro? ¿Es posible hacer coincidir el perjuicio entendido de este modo con el crédito cobrado, que constituye un enriquecimiento sin causa?*
- 5) *¿Tiene prioridad la acción por la que se solicita la devolución de cantidades indebidamente pagadas, en cuanto medio jurídico de recurso, frente a la acción de indemnización por daños y perjuicios?”*

4. Resolución por el TJUE de las cuestiones prejudiciales

4.1. Sobre las tres primeras cuestiones: parámetros que permiten apreciar la responsabilidad del Estado por un incumplimiento del juez nacional de la ejecución forzosa de su obligación de apreciar de oficio la existencia de una cláusula abusiva

El TJUE considera procedente analizar conjuntamente las cuestiones prejudiciales primera a tercera.

En primer lugar, señala el TJUE que el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del DUE que le son imputables es inherente al sistema de los Tratados⁶. Así, según el TJUE este principio rige en cualquier supuesto de violación del DUE por parte de un Estado miembro sin perjuicio de cuál sea la autoridad pública responsable de esta violación⁷. Además, afirma el Tribunal que dicho principio solo es aplicable en determinadas circunstancias, concretamente, cuando la violación en cuestión se deriva de una resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia⁸⁹.

⁶ Vid. SSTJUE de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros, (C-6/90 y C-9/90, EU:C:1991:428), apartado 35; de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame, (C-46/93 y C-48/93, EU:C:1996:79), apartado 31, y de 14 de marzo de 2013, Leth, (C-420/11, EU:C:2013:166), apartado 40).

⁷ Vid. SSTJUE de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame, (C-46/93 y C-48/93, EU:C:1996:79), apartado 32; de 30 de septiembre de 2003, Köbler, (C-224/01, EU:C:2003:513), apartado 31; de 13 de junio de 2006, Traghetti del Mediterraneo, (C-173/03, EU:C:2006:391), apartado 30, y de 25 de noviembre de 2010, Fuß, (C-429/09, EU:C:2010:717), apartado 46.

⁸ Vid. SSTJUE de 30 de septiembre de 2003, Köbler, (C-224/01, EU:C:2003:513), apartados 32 a 36 y 59; de 13 de junio de 2006, Traghetti del Mediterraneo, (C-173/03, EU:C:2006:391), apartado 31, y de 9 de septiembre de 2015, Ferreira da Silva e Brito y otros, (C-160/14, EU:C:2015:565), apartado 47.

⁹ En el mismo sentido se posiciona el Abogado General en sus conclusiones (apartados 24 a 49). Como manifiesta el SR. Nils Wahl, aunque se han desarrollado algunos debates doctrinales sobre la cuestión de si esta generación de la responsabilidad del Estado podía derivarse eventualmente de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que no resuelven necesariamente en última instancia, considera que de una jurisprudencia del TJUE bien consolidada se deduce que la generación de esta responsabilidad está claramente circunscrita a las omisiones de los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no pueden ser objeto de recurso ordinario. Por tanto, a su juicio, la generación de la responsabilidad extracontractual de un Estado miembro por violación del DUE solo tendría sentido en presencia de una decisión imputable a un órgano jurisdiccional nacional que resolviera en última instancia, lo cual no implica, sin embargo, que se trate obligatoriamente de un órgano jurisdiccional supremo.

Por tanto, como manifiesta el TJUE incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar si así sucede con las resoluciones de los días 15 y 16 de diciembre de 2008, es decir, si el Tribunal de Distrito de Prešov está resolviendo en última instancia¹⁰.

Así, afirma el TJUE que en el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente se considere como un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia se plantearía además la cuestión de en qué medida este ha violado de forma “suficientemente caracterizada” una norma de DUE que tiene por objeto conferir derechos a los particulares.

El TJUE señala como requisitos para que se genere la responsabilidad de un Estado miembro por los daños causados a los particulares como consecuencia de las violaciones del DUE¹¹, los siguientes: (i) que la norma de DUE violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, (ii) que la violación de dicha norma esté “suficientemente caracterizada” y (iii) que exista una relación de causalidad directa entre esta violación y el daño sufrido por estos particulares. Además, especifica el TJUE que los mismos parámetros se aplican a la responsabilidad del Estado por los daños causados por la resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia cuando dicha resolución viole una norma del DUE¹².

¹⁰ Según el Abogado General (apartados 24 a 26), en el caso de autos, de las cuestiones prejudiciales parece desprenderse que el asunto principal tiene por objeto una situación en la que el juez *a quo* no ha de resolver en última instancia. A criterio de el Sr. Nils Wahl, parece que no se ha adoptado todavía una decisión sobre el fondo vinculante para la demandante en el procedimiento principal y que esta última ha presentado una demanda de indemnización por los daños supuestamente sufridos como consecuencia de una decisión judicial contra la que cabe interponer un recurso ordinario. Sin embargo, para el Abogado General no se desprende con claridad de los autos remitidos al TJUE si, en el litigio principal, el Tribunal de Distrito de Prešov es o no el tribunal de última instancia ya que en el escrito que siguió a la solicitud de aclaraciones del TJUE, el órgano jurisdiccional remitente no dio una respuesta clara a estos asuntos. A juicio de el Sr. Nils Wahl, del derecho eslovaco puede desprenderse que la resolución del juez por la que éste desestima una solicitud de autorización de la ejecución es susceptible de recurso (arts. 44 y 45 de la Ley eslovaca nº 233/1995). Además, afirma el Abogado que la decisión que estima las objeciones propuestas por el deudor puede ser objeto de un recurso ordinario (*ibídem*). De ello deduce –y así lo manifestó el Gobierno eslovaco– que en función de las circunstancias del caso de autos, el tribunal de ejecución cuyo procedimiento es objeto del presente litigio puede ser, pero no ha de ser necesariamente (artículo 50 de la Ley eslovaca nº 233/1995 y el art. 202 del Código de procedimiento civil eslovaco) un órgano jurisdiccional de última instancia.

¹¹ *Vid.* SSTJUE de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame, (C-46/93 y C-48/93, EU:C:1996:79), apartado 51; de 30 de septiembre de 2003, Köbler, (C-224/01, EU:C:2003:513), apartado 51, y de 14 de marzo de 2013, Leth, (C-420/11, EU:C:2013:166), apartado 41.

¹² *Vid.* STJUE de 30 de septiembre de 2003, Köbler, (C-224/01, EU:C:2003:513), apartado 52.

Aunque el TJUE no lo dice expresamente la apreciación de los criterios que permiten determinar la responsabilidad de los Estados miembros por daños causados a los consumidores por violaciones del DUE, corresponde, en principio, a los órganos jurisdiccionales nacionales conforme a las orientaciones suministradas por el TJUE para dicha aplicación¹³.

Pues bien, sobre el primero de los requisitos, esto es, la determinación de si la norma violada –la Directiva 93/13 CEE– tiene por objeto conferir derechos a los particulares, no se pronuncia el TJUE. No obstante, es obvio que la norma otorga derechos a los particulares¹⁴.

Por lo que respecta al segundo de los requisitos, asevera el TJUE que la responsabilidad de un Estado miembro solamente puede exigirse en el caso excepcional de que el órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable.¹⁵ Según el TJUE para determinar si existe una violación “suficientemente caracterizada” del DUE es preciso tener en cuenta todos los elementos de la situación que se haya sometido a conocimiento del órgano jurisdiccional nacional. Así, según la jurisprudencia del TJUE¹⁶ entre los elementos que pueden tomarse en consideración a este respecto se encuentran el grado de claridad y precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, el hecho de que las actitudes adoptadas por una institución de la UE hayan podido contribuir a la adopción o al mantenimiento de medidas o prácticas nacionales contrarias al DUE, así como el incumplimiento por

¹³ Así lo manifiesta el Abogado general en el apartado 51 de sus conclusiones con apoyo en las SSTJUE de 30 de septiembre de 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), apartado 100; de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774), apartado 210 y de 25 de noviembre de 2010, Fuß (C-429/09, EU:C:2010:717), apartado 48.

¹⁴ Para el Sr. Nils Wahl es evidente que la Directiva 93/13/CEE genera “*a favor de los particulares derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deban salvaguardar*” (apartado 51 de las conclusiones).

¹⁵ Vid. SSTJUE de 30 de septiembre de 2003, Köbler, (C-224/01, EU:C:2003:513), apartado 53, y de 13 de junio de 2006, Traghetti del Mediterraneo, (C-173/03, EU:C:2006:391), apartados 32 y 42.

¹⁶ Vid. SSTJUE de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame, (C-46/93 y C-48/93, EU:C:1996:79), apartado 56; de 30 de septiembre de 2003, Köbler, (C-224/01, EU:C:2003:513), apartados 54 y 55, y de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation, (C-446/04, EU:C:2006:774), apartado 213.

parte del órgano jurisdiccional de que se trate de su obligación de remisión prejudicial en virtud del artículo 267. III TFUE.

Pero en este caso, el TJUE utiliza como parámetro para apreciar si se produce una violación del DUE “suficientemente caracterizada” el desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del TJUE por el Tribunal nacional¹⁷.

En esta tesitura, el TJUE indaga si en fecha 15 y 16 de diciembre de 2008 –la de las resoluciones del Tribunal de Distrito de Presov– existía jurisprudencia consolidada del TJUE que obligara al juez nacional a examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula.

En este sentido, razona el TJUE que a la luz de su jurisprudencia¹⁸ el sistema de protección de los consumidores establecido por la Directiva 93/13/CEE implica el reconocimiento de la facultad del juez nacional de examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula. Expone el Tribunal que aunque ya reconoció¹⁹ que, en principio, debido a la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva 93/13/CEE se podría justificar que el juez nacional deba apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, **no es hasta su sentencia de 4 de junio de 2009, Pannon GSM** (C-243/08, EU:C:2009:350, apartado 32) cuando el TJUE indicó claramente la obligación del juez de examinar de oficio la existencia de cláusulas abusivas cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Así pues, subraya el TJUE que es desde esta sentencia cuando se ha establecido de forma precisa esta obligación que pesa sobre el juez nacional²⁰.

¹⁷ Vid. SSTJUE de 30 de septiembre de 2003, Köbler, (C-224/01, EU:C:2003:513), apartado 56; de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation, (C-446/04, EU:C:2006:774), apartado 214, y de 25 de noviembre de 2010, Fuß, (C-429/09, EU:C:2010:717), apartado 52.

¹⁸ Vid. SSTJUE de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, (C-240/98 a C-244/98, EU:C:2000:346), apartados 26, 28 y 29; de 21 de noviembre de 2002, Cofidis, (C-473/00, EU:C:2002:705), apartados 32 y 33, y de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, (C-168/05, EU:C:2006:675), apartados 27 y 28.

¹⁹ En el apartado 38 de su sentencia de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675).

²⁰ Posteriormente en las SSTJUE de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, (C-618/10, EU:C:2012:349), apartados 42 y 43; de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, (C-472/11, EU:C:2013:88), apartado 22, y de 1 de octubre de 2015, ERSTE Bank Hungary, (C-32/14, EU:C:2015:637, apartado 41).

Asimismo, señala el TJUE su jurisprudencia²¹ en la que declaró que en caso de que el juez nacional que conozca de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios, éste está obligado a realizar de oficio un control del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que sirven de fundamento al crédito reconocido en ese laudo, cuando, con arreglo a las normas procesales nacionales, deba en el marco de un procedimiento de ejecución similar apreciar de oficio si esas cláusulas son contrarias a las normas nacionales de orden público.

Por lo tanto, a juicio el TJUE, “no cabe considerar que un órgano jurisdiccional nacional que, antes de la sentencia de 4 de junio de 2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350), se abstuvo de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, a pesar de que disponía de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, ha inobservado manifiestamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia y, por lo tanto, ha cometido una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión”. Matiza el TJUE que en el presente litigio debe observarse que las resoluciones fechadas los días 15 y 16 de diciembre de 2008 a las que se refiere el pleito principal son anteriores a esta sentencia²².

En consecuencia, el TJUE no analiza otras circunstancias que tienen alguna incidencia a efectos de generar la responsabilidad del Estado miembro por los daños causados a los particulares por vulneraciones del DUE provocadas por resoluciones judiciales, tales como que el procedimiento de ejecución objeto del litigio principal no haya concluido, que la persona contra la que éste se dirige haya mantenido una actitud completamente pasiva y que esta no haya agotado todas las vías jurídicas de recurso²³.

²¹ Vid. STJUE de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, (EU:C:2009:615, apartado 53); ATJUE de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost', C-76/10, EU:C:2010:685, apartados 51, 53 y 54 y STJUE de 27 de febrero de 2014, Pohotovost', (C-470/12, EU:C:2014:101), apartado 42.

²² En el mismo sentido se posiciona el Abogado General en sus conclusiones (apartado 63). Sostiene el Sr. Nils Wahl que la jurisprudencia que estableció la obligación del juez de la ejecución forzosa de un laudo arbitral de examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, no era clara ni precisa en la fecha en la que se adoptaron las decisiones de autorización de la ejecución forzosa controvertidas en el litigio principal,. En particular, afirma el Abogado General que en la época de la adopción de las decisiones judiciales controvertidas en el asunto principal, que datan respectivamente de 15 y 16 de septiembre de 2008, “dicha obligación no se derivaba de forma inequívoca de la jurisprudencia”.

²³ Con todo, para el Abogado General (apartados 74 a 76 de sus conclusiones), aun suponiendo que se considere que la norma jurídica que tiene por objeto conferir derechos a los particulares aquí en cuestión está consolidada en la época de los hechos pertinentes, el segundo aspecto que su juicio procede examinar

Finalmente, el TJUE responde de forma concluyente a las cuestiones planteadas por el órgano judicial Eslovaco del siguiente modo:

- “Sólo se genera la responsabilidad de un Estado miembro por los daños causados a los particulares por una violación del Derecho de la Unión provocada por una resolución de un órgano jurisdiccional nacional cuando esta resolución proceda de un órgano jurisdiccional de ese Estado miembro que resuelva en última instancia, extremo éste que el órgano jurisdiccional remitente debe comprobar en lo que respecta al litigio principal. Si ese fuera el caso, una resolución de ese órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia únicamente puede constituir una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión, de la que pueda derivarse tal responsabilidad, cuando, mediante esa resolución, dicho órgano jurisdiccional ha infringido manifiestamente el Derecho aplicable, o en caso de que esta violación se haya producido a pesar de existir una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia”.
- No cabe considerar que un órgano jurisdiccional nacional que, antes de la sentencia de 4 de junio de 2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350), en el marco de un procedimiento de ejecución forzosa de un laudo arbitral que estimó una pretensión de condena al pago de créditos en virtud de una

para determinar si se está efectivamente en presencia de una “violación manifiesta” de una norma jurídica, está relacionado con el conjunto de circunstancias que rodean al caso de autos. Así, el Sr. Nils Wahl considera que entre los elementos fácticos que han de tenerse en cuenta figuran la respuesta activa o bien, al contrario, la pasividad del consumidor en cuestión. Según el Abogado General aunque el TJUE ha señalado que la Directiva 93/13/CEE exige en los litigios entre un profesional y un consumidor una intervención positiva, ajena a las partes del contrato, del juez nacional que conoce de ellos, el respeto del principio de efectividad no puede llegar hasta suplir íntegramente la total pasividad del consumidor. Por consiguiente, no puede considerarse opuesto en sí mismo al principio de efectividad el hecho de que el consumidor sólo pueda invocar la protección de las disposiciones legales en materia de cláusulas abusivas si ejercita una acción judicial. A criterio del Sr. Nils Wahl, esta última exigencia, a saber, la que obliga a tener en cuenta los esfuerzos realizados por la persona supuestamente perjudicada para evitar o cuando menos limitar el alcance del daño sufrido, ha sido desarrollada precisamente por el TJUE y presenta un vínculo innegable con la necesidad de estar en presencia de una decisión judicial adoptada por un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia. En definitiva, asevera el Abogado General que el control de abusividad de oficio de cláusulas contractuales sólo se da en el caso de que el órgano jurisdiccional nacional disponga de los elementos de hecho o de Derecho necesarios a tal fin. Por tanto, tal apreciación es eminentemente subjetiva e incumbe al juez nacional. Por último, manifiesta el Abogado que para que sea posible concluir que la omisión del juez de apreciar las cláusulas abusivas contenidas en contratos celebrados entre consumidores y profesionales reviste un carácter manifiesto que puede ser sancionado desde el punto de vista de la responsabilidad del Estado por violación del DUE, deberá tenerse en cuenta el carácter excusable o no de esta omisión.

cláusula contractual que debe considerarse abusiva, en el sentido de la Directiva 93/13, se abstuvo de apreciar de oficio el carácter abusivo de esa cláusula, a pesar de que disponía de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, ha inobservado manifiestamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia y, por lo tanto, ha cometido una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión.”

4.2. Sobre las cuestiones cuarta y quinta: compete a los estados miembros reparar y valorar el perjuicio causado conforme a sus derechos nacionales observando los principios de equivalencia y efectividad

El TJUE resuelve de manera conjunta las cuestiones cuarta y quinta.

A este respecto, el TJUE recuerda que cuando concurren los requisitos para que se genere la responsabilidad del Estado, lo que incumbe determinar a los órganos jurisdiccionales nacionales, compete al Estado, con arreglo al Derecho nacional en materia de responsabilidad reparar las consecuencias del perjuicio causado, entendiéndose que los requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños ni pueden ser menos favorables que los que se aplican a reclamaciones semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni pueden articularse de manera que hagan en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (principio de efectividad).^{24 25}

Según el TJUE lo mismo sucede en relación con la articulación entre una demanda por la que se solicita la reparación del daño y las demás vías de recurso que pueda prever el ordenamiento jurídico del Estado miembro de que se trate, como puede ser una acción por la que se solicite la devolución de lo indebidamente pagado.

²⁴ Vid. SSTJUE de noviembre de 1991, Francovich y otros, (C-6/90 y C-9/90, EU:C:1991:428), apartado 42; de 30 de septiembre de 2003, Köbler, (C-224/01, EU:C:2003:513), apartado 58; de 24 de marzo de 2009, Danske Slagterier, (C-445/06, EU:C:2009:178), apartado 31; de 25 de noviembre de 2010, Fuß, (C-429/09, EU:C:2010:717), apartado 62, y de 9 de septiembre de 2015, Ferreira da Silva e Brito y otros, (C-160/14, EU:C:2015:565), apartado 50.

²⁵ Con idéntico criterio se pronuncia el Abogado General en sus conclusiones (apartados 81 a 86) al afirmar que incumbe “al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro, sin perjuicio del respeto de los principios de equivalencia y de efectividad, fijar los criterios que permiten comprobar y evaluar el perjuicio causado por la violación del Derecho de la Unión”.

Por tanto, el TJUE responde a las cuestiones cuarta y quinta declarando que “las reglas relativas a la reparación de un daño causado por una violación del Derecho de la Unión, como las referidas a la evaluación de ese daño o a la articulación entre una demanda por la que se solicita la reparación de tal daño y las demás vías de recurso que puedan estar disponibles, quedan determinadas por el Derecho nacional de cada Estado miembro, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad”.

5. Conclusiones

La STJUE es de gran importancia, porque consagra la doctrina jurisprudencial que impone al juez de la ejecución de un laudo arbitral la obligación de apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello.

Sin embargo, la apreciación de oficio por el juez del carácter abusivo de una cláusula contractual en el trámite de la decisión sobre el despacho de ejecución del laudo arbitral no está reconocida en nuestro ordenamiento. En este sentido, la Ley 1/2013 que tiene su razón de ser en la sentencia Aziz introdujo un nuevo párrafo segundo en el art. 552.2 LEC, circunscribiendo el examen de abusividad *ex officio* por el juez de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los del art. 557.1 LEC, lo que excluye el examen de los laudos o resoluciones arbitrales.

Así, en el despacho de ejecución del laudo el Juez ha de limitarse a examinar la regularidad formal del título. No caben en este estadio procesal otras evaluaciones, pues el precepto 551.1 de la LEC es concluyente en su articulación cuando afirma que si concurren los presupuestos y requisitos procesales y el título ejecutivo no adolece de irregularidad formal alguna, el Juez está obligado a dictar Auto despachando ejecución.

Por otra parte, la citada Norma no modificó el art. 556 de la LEC en el sentido de permitir al ejecutado oponerse al despacho de ejecución de un laudo por existencia de cláusulas abusivas, cuestión que sí se modificó para la oposición a la ejecución ordinaria y hipotecaria (arts. 557.1.7º y 695.1.4º ambos de la LEC).

Esta ausencia de la obligación legal del juez español que conoce del proceso de ejecución de un laudo de controlar de oficio la existencia de cláusulas abusivas ha originado dos posturas divergentes en la doctrina y la jurisprudencia:

- 1) Los²⁶ que consideran que el juez no debe apreciar de oficio en el procedimiento de ejecución de un laudo la existencia de cláusulas abusivas justifican esta limitación porque en los títulos judiciales o arbitrales la sustanciación del proceso declarativo habrá brindado al juez o al árbitro la posibilidad de apreciar el carácter abusivo de las cláusulas. Desde este punto de vista habría que negar categóricamente la posibilidad de examinar en la ejecución forzosa aquello que el juez o el árbitro ya tuvo ocasión de controlar en el declarativo preceptivo. Para esta corriente doctrinal la validez o nulidad de las cláusulas contractuales se valoró o debió valorarse en el proceso de declaración y, en consecuencia, quedaría cubierto por la cosa juzgada de la sentencia o laudo correspondiente.

Asimismo, parte de la jurisprudencia menor es partidaria de que en vía de ejecución de un laudo arbitral no es apreciable de oficio la nulidad por abusiva de una cláusula contractual²⁷.

²⁶ BLANDINO GARRIDO, M. A., “Alegación por el consumidor y control de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas: estado actual de la cuestión”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm 32/2013, p. 24 (BIB 2013/2437); MARCOS FRANCISCO, D., “La ejecución del laudo Arbitral de Consumo” ¿Cabe denegarla por invalidez del convenio arbitral?”, *Revista Internacional de Estudios sobre Derecho Procesal y Arbitraje*, <file:///Users/josemariamartinfaba/Downloads/Dialnet-LaEjecucionDelLaudoArbitralDeConsumo-3109326.pdf>, (consulta: agosto 2016). También considera LORCA NAVARRETE que de lo preceptos de la LEC relativos a la ejecución se infiere que el Juez que conoce de la misma no puede entrar a analizar de oficio, si la cláusula arbitral es válida o nula, de modo que deberá dictar auto despachando la ejecución instada de un laudo dictado con fundamento en un convenio arbitral abusivo [vid. LORCA NAVARRETE, A., M. “¿Puede el órgano jurisdiccional frente al que se insta la ejecución forzosa del laudo arbitral examinar su contenido?”(BIB 2005, 1099) , AJA , núm. 671, 2005, pp. 1 y ss.].

²⁷ El contexto de estos pleitos es el de contratos de suministro de servicios telefónicos que contienen cláusulas de sumisión a arbitraje (convenios arbitrales abusivos). Junta de Unificación de Criterios de la AP de Madrid que tuvo lugar el día 23 de septiembre de 2004 (PROV 2004, 307394). También las SSAAPP de Alicante (Sección 8ª) Auto núm. 12/2011 de 24 febrero (JUR 2012\44595); de Madrid (Sección 21ª) Auto núm. 289/2004 de 30 noviembre (JUR 2005\35346) y de Valencia (Sección 7ª) Auto núm. 266/2015 de 2 diciembre (JUR 2016\141290). Por ejemplo, el AAP de Vizcaya (Sección cuarta) Auto núm. 403/2008 de 10 junio (AC\2008\2271) establece que “ante la cuestión de si los órganos jurisdiccionales puede ir más allá de este examen de la regularidad formal y procesal del título y de la petición que se deduce, y pueden adentrarse en un control de oficio, cuando no ha precedido una decisión judicial específica a través del recurso de anulación, de la legalidad intrínseca no sólo del laudo emitido (título de la ejecución) sino del convenio mismo en cuya virtud se deriva la función de decidir la contienda a los árbitros, excluyendo la intervención de la jurisdicción en ese primer grado resolutorio; debemos concluir en sentido negativo argumentando que los principios de rogación y de seguridad jurídica, éste inmanente al efecto de la cosa juzgada, imperantes en nuestro ordenamiento jurídico, constituyen una barrera o tope a la revisión judicial de oficio cuando no está permitida expresamente por la ley; que la tutela judicial no puede ir mas allá de lo querido por la parte afectada por el acto o resolución ni de lo autorizado por la ley”.

2) Para otros²⁸ el planteamiento anterior no puede ser aceptado para la totalidad de los supuestos, pues hay determinados títulos de carácter procesal o arbitral que también merecen el examen de abusividad de oficio. LAFUENTE, refiriéndose a las cláusulas de sumisión a arbitraje o convenio arbitral afirma que determinados empresarios pueden aprovechar su superior estatus negociador y la asimetría informativa para imponer sedes arbitrales de su conveniencia, obligando al consumidor a desplazarse fuera del lugar de su domicilio para participar en el procedimiento arbitral. También declara el mencionado autor que la inserción de tales cláusulas ha servido con frecuencia para predeterminar a la institución de arbitraje y a los mismos árbitros, conculcando a su juicio la imparcialidad e independencia que conforman su estatuto jurídico^{29 30}. Para LAFUENTE la

²⁸ LAFUENTE TORRALBA, A. J., “Los obstáculos para el examen de cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución: puntos ciegos y zonas de desprotección en el régimen vigente, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 2-Nº. 2 (Abril-Junio 2015), pp. 195 a 197. BUSTO LAGO, J. M., (“El control judicial del laudo arbitral de consumo en el proceso de ejecución”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm.7/2010, BIB 2010\2168, p 46) afirma que “la regla general tenor de la cual el Juez de la ejecución no puede controlar de oficio la validez del convenio arbitral, quiebra, precisamente, en el caso de que el proceso de ejecución traiga causa de un convenio arbitral en el que sea parte un consumidor o usuario que tenga, en el mismo, la condición de ejecutado”. Para REGLERO (cfr. REGLERO CAMPOS, L. F.: El arbitraje. El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988, Montecorvo, Madrid, 1991, p. 192) “las cautelas que deben tomarse a la hora de abordar el arbitraje, al suponer éste una excepción al principio de exclusividad jurisdiccional, deben extremarse, sobre todo y de modo especial, en aquellos casos en los que, entre las partes, exista una evidente desproporción de fuerza y medios, tanto económicos como de asesoramiento jurídico, lo que ocurre, cabalmente, en las relaciones entre las grandes empresas y los consumidores, esto es, en el ámbito de la llamada contratación en masa, en su doble manifestación de contratos de adhesión y condiciones generales de la contratación”.

²⁹ Según LAFUENTE (op. cit. p. 196) el problema cobró especial virulencia años atrás en relación con contratos de telefonía móvil. Como narra el autor una institución privada ofrecía servicios de asesoramiento a empresas del sector e incluso confeccionaba para ellas los correspondientes modelos contractuales, incluyendo en éstos una cláusula arbitral en cuya virtud la resolución de futuras controversias se encomendaba a árbitros designados por la propia institución. Como expone el autor esta práctica recibió un fuerte rechazo tanto en la doctrina (vid., en especial, PICÓ I JUNOY, J., “El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales”, en *Diario La Ley*, núm. 6198, 25 de febrero de 2005) como en los tribunales. A este respecto nos ilustra el autor sobre el caso proyectado en la SAP Madrid (sec. 14ª) de 31 de marzo de 2005 (JUR 2005, 178204), que anuló un laudo arbitral derivado de una cláusula como la descrita.

³⁰ Apoya su postura LAFUENTE en las conclusiones de la Abogada General Verica Trstenjak de 14 de mayo de 2009, que sirvieron de base a la STJCE de 6 de octubre de 2009 (caso Asturcom). En el apartado 66, señala la Abogada que “en el supuesto de que los tribunales arbitrales estuvieran obligados o facultados para ello, existirían serias dudas de que un tribunal arbitral pudiera ser considerado siempre independiente y neutral, habida cuenta de que, en determinadas circunstancias, el árbitro puede tener interés personal en el mantenimiento de una cláusula arbitral en la que basa su competencia (...). Así sucede, por ejemplo, en un caso como el del procedimiento principal, en el que el convenio arbitral ha sido redactado por la misma entidad encargada del procedimiento arbitral. Por consiguiente, el examen de la nulidad de una cláusula arbitral nula no puede quedar exclusivamente en manos del árbitro. Al

designación como lugar del arbitraje de localidades distintas del domicilio del consumidor hará más gravosa y, por tanto, desincentivará la participación de aquél en el procedimiento arbitral, sobre todo en las controversias de escasa cuantía³¹. A su juicio, también obstará al ejercicio de la acción de anulación ante el tribunal competente, pues éste viene determinado por el lugar donde el laudo se dictó (art. 8.5 de la Ley 60/2003 de Arbitraje). Manifiesta esta corriente doctrinal que la no obligación del juez de la ejecución del laudo de controlar de oficio la existencia de cláusulas abusivas ignora la doctrina consolidada del TJUE que exige al juez controlar la abusividad en cuanto tenga la posibilidad de hacerlo y sin esperar a la denuncia del consumidor³².

Además gran parte de la jurisprudencia menor³³ viene rechazando la ejecución del laudo cuando la cláusula que le dio origen resulta abusiva.

Conforme a la doctrina emanada de la STJUE de 28 de julio de 2016 parece que indudablemente el juez de la ejecución forzosa de un laudo arbitral debe apreciar de oficio la existencia de cláusulas contractuales abusivas cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. También es cierto que la mayoría de la jurisprudencia menor ha declarado generalmente lo mismo³⁴. Sin embargo, no comparto plenamente la segunda postura doctrinal, jurisprudencial y ahora consolidada por el TJUE por las siguientes razones:

contrario, hay que encomendar esta tarea a un juez que ofrezca todas las garantías de independencia judicial propias de un Estado de Derecho”

³¹ En este sentido se pronuncia el AAP de Barcelona (Sección 15ª) núm. 56/2006 de 8 febrero (AC\2006\2041) cuando asevera que “la cláusula perjudica claramente a los intereses del consumidor y el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes. Primero por cuanto se le impide acudir a la jurisdicción ordinaria o a una institución arbitral con garantías de imparcialidad como es la institucional arbitral de consumo en la que participan además de la Administración Pública, profesionales de los sectores implicados, en este caso empresas de telefonía móvil y representantes de los consumidores. En segundo lugar por cuanto en muchos casos se obliga al consumidor a acudir a defenderse a una localidad lejana a su domicilio, lo que unido a la baja cuantía de las reclamaciones, dificulta –cuando no imposibilita– las posibilidades de defensa”.

³² Se refieren a la doctrina del TJUE emanada de los casos Aziz, Océano, Cofidis, Mostaza Claro, Pannon, Asturcom, VB Pénzügyi Lízing y Banesto.

³³ V.gr. AAP Barcelona (sec. 15ª) de 8 de febrero de 2006 (AC 2006, 2041); AAP Barcelona (sec. 15ª) de 2 de julio de 2008 (AC 2008, 1690) y AAP Madrid (sec. 20ª) de 28 de octubre de 2008 (JUR 2009, 35299), entre muchas otras resoluciones de AAP partidarias de esta postura.

³⁴ Por todos: AAP de Madrid (Sección 21ª) núm. 259/2007 de 18 julio (AC\2007\1852) y núm. 316/2007 de 18 septiembre (AC\2007\1829) y AAP de Barcelona (Sección 15ª) núm. 21/2009 de 19 enero (AC\2009\578).

- (i) La doctrina emanada de la STJUE de 28 de julio de 2016 a pesar de centrarse en la sentencia Pannon, que no se refiere a un procedimiento de ejecución de laudo, también se nutre de la doctrina de la sentencia Asturcom. En esta resolución el TJUE que resolvió una cuestión prejudicial promovida por un juzgado español apoyó esta intervención del tribunal nacional. No obstante, lo hizo con limitaciones, ya que este pronunciamiento condiciona la posibilidad de que el tribunal pueda examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula de sumisión a arbitraje en el trámite de admisión de la demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral que ha adquirido fuerza de cosa juzgada y que fue dictado sin la comparecencia del consumidor, al llamado principio de equivalencia, esto es, a que en las normas procesales nacionales se pueda efectuar dicha apreciación en el marco de procedimientos similares de carácter interno. Y concretamente, en el apartado 53 de la sentencia del caso Asturcom el TJUE manifestó 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”*; y en el 54, que *“tal obligación incumbe asimismo al juez nacional cuando, en el marco del sistema jurisdiccional interno, dispone de una mera facultad de apreciar de oficio la contrariedad de dicha cláusula con las normas nacionales de orden público”*.
- (ii) Así, como dijimos, el ordenamiento procesal español solo obliga al Juez que despache ejecución a valorar la regularidad formal del laudo (art. 555.1 LEC). Por tanto, la doctrina emanada de la sentencia del caso Asturcom no debería ser aplicable en nuestro ordenamiento jurídico ya que este no permite al juez que conozca de una demanda de ejecución forzosa de un laudo apreciar de oficio la contrariedad de una cláusula contractual con las normas nacionales de orden público, a pesar de que la jurisprudencia menor lo haya admitido³⁵. En conclusión, el carácter abusivo de una cláusula

³⁵ A pesar de lo dicho la mayoría de la jurisprudencia menor realiza el examen de oficio de la cláusula de sumisión a arbitraje [por todas, AAP de Madrid (Sección 21ª) Auto núm. 259/2007 de 18 julio (AC 2007\1852)]. Aunque existen algunas resoluciones que no proceden a analizar “ab initio” y de oficio la validez o nulidad del arbitrar y denegar el despacho de ejecución razonando que el convenio arbitral es nulo por ser contrario al orden público [AAP de Vizcaya (Sección 4ª) Auto núm. 403/2008 de 10 junio]

contractual (y en concreto, de un convenio arbitral) no puede constituir el fundamento de la denegación del despacho de ejecución³⁶.

- (iii) Además, creo que en los procedimientos de ejecución de laudos, de carácter aún más simplificado que los ordinarios o hipotecarios –ya que el ejecutado tiene disponibles menos motivos de oposición– y en los que la controversia se circunscribe a ámbitos más cerrados, el juez no dispone de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para declarar una cláusula abusiva como requiere la doctrina jurisprudencial del TJUE (por todas, AZIZ). Así lo entiende el Sr. Nils Wahl en sus conclusiones (apartado 67) cuando afirma que *“no es raro que en tales procedimientos, que se desarrollan conforme a un esquema simplificado, el juez no esté en condiciones de tener conocimiento de todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes”*.
- (iv) Por otra parte, entiendo que el sistema arbitral tiene su propia regulación, con garantías en materia de independencia e imparcialidad. A mi juicio, la revisión de fondo del laudo –concretamente por la existencia de cláusulas abusivas– solo debería hacerse a través de los órganos jurisdiccionales que entienden de la acción de anulación, ya que, en otro caso, se puede correr el riesgo de trivializar la institución arbitral³⁷.
- (v) En mi opinión, la razón de ser de la limitación del examen de oficio de cláusulas abusivas por parte del juez a la hora de despachar ejecución de determinados títulos judiciales –y arbitrales– y no en el despacho con causa en títulos extrajudiciales como pólizas y escrituras, es por la sencilla razón de que en aquellos ha habido con anterioridad un proceso declarativo en el que se ha podido discutir la existencia de cláusulas abusivas en el contrato. Concretamente, en el caso de los laudos el árbitro ha podido examinar en el *iter* del procedimiento la existencia de cláusulas abusivas y pronunciarse sobre ellas. Asimismo, por la vía de la acción judicial de anulación (arts. 40 a 43 LA) puede el juez examinar la presencia de cláusulas abusivas e incluso pronunciarse de oficio (caso Mostaza Claro). Por tanto, entiendo que

(AC\2008\2271) y Auto núm. 403/2008 de 10 junio (AC 2008\2271).

³⁶ En esta dirección BLANDINO GARRIDO, *op. cit.* p. 24

³⁷ En este sentido *cfr.* MERINO MERCHÁN, J. F.: “Cuestión de prejudicialidad ante el TJCE, por entender que una cláusula arbitral es abusiva para el consumidor”, en http://www.injef.com/php/index2.php?option=content&do_pdf=1&id=962). *Vid.* , también MERINO MERCHÁN, J. F. Y CHILLÓN MEDINA, J. M^a, Tratado de Derecho arbitral (BIB 2006, 2803), Civitas, Madrid, 2006, pp. 322 y ss.

no es necesario que en la ejecución del laudo vuelva a realizarse por el juez otro control de abusividad, ya que en teoría, con los anteriores controles el consumidor está bien protegido.

- (vi) Finalmente, si aconteciera lo sucedido en algunos de los pleitos examinados y el convenio arbitral estableciera como institución arbitral (Junta Arbitral) territorialmente competente la del lugar donde el profesional desarrolle su actividad, (lo que permite 8 del Real Decreto 231/2008 de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo) ocasionándole un elevado coste al consumidor desplazarse y provocando que este no pueda valerse de los remedios que le proporciona la legislación de arbitraje (v. *gr.* la acción de anulación), lo que debería haber hecho el legislador es cambiar el Sistema Arbitral de Consumo, estableciendo imperativamente como Junta Arbitral territorialmente competente la del domicilio del consumidor. La falta de una correcta articulación del Sistema Arbitral de Consumo ha originado que en muchos casos las AAPP elaboren una doctrina jurisprudencial contraria a nuestro sistema procesal civil que menoscaba una institución como el arbitraje.