Id. Cendoj: 08019370142003200077
ECLI: ES:APB:2003:989A
ROJ: AAP B 989/2003
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Barcelona
Sección: 14
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 17/10/2003
Nº de Recurso: 666/2003
Jurisdicción: Civil
Ponente: MARIA DEL CARMEN VIDAL MARTINEZ
Procedimiento: CIVIL
Tipo de Resolución: Auto

Idioma:

Español

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCION CATORCE

ROLLO 666/2003 S

A U T O Nº

ILMAS. SRAS.:

PRESIDENTA

Dª Mª EUGENIA ALEGRET BURGUÉS

MAGISTRADAS

Dª Mª CARMEN VIDAL MARTINEZ

Dª MARTA FONT MARQUINA

Dª ROSA Mª AGULLÓ BERENGUER

En Barcelona, a diecisiete de octubre de dos mil tres

HECHOS

PRIMERO.- Se aceptan los Antecedentes de hecho del Auto dictado el diez de abril de dos mil tres por el Iltmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 52 de

Barcelona, en el Incidente en autos de Ejecución de Laudo Arbitral núm. 320/2003 promovidos por ANITEL 2000, S.L. contra Andrés Y TRANSPORTE, S.L. , siendo la parte dispositiva del auto apelado del tenor literal siguiente : "...Se deniega el despacho de ejecución solicitado por el Procurador Sr/Sra Silvia Zamora Batllori en nombre y representación de Anitel 2000 SL frente a Andrés y Transporte S.L. Una vez firme esta resolución archívese los autos ...".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra el anterior auto por ANITEL 2000, S.L., se admitió el mismo en ambos efectos,

siendo elevados los autos originales a esta Audiencia, y seguidos los demás trámite procesales, tuvo lugar la deliberación de la presente apelación el día ocho de octubre de dos mil tres.

VISTO siendo Ponente la Iltrma. Sra. Dª. Mª CARMEN VIDAL MARTINEZ Magistrada de ésta Sección Catorce.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Se aceptan los de la resolución recurrida, y

PRIMERO.- El auto apelado denegó la admisión a trámite de la demanda de ejecución de Laudo Arbitral, al argumentar, en síntesis, que debía declararse de oficio su nulidad por tener su origen en una cláusula de sumisión a arbitraje nula por abusiva.

SEGUNDO.- Si bien los apelantes citan en su escrito de recurso, la sentencia dictada por el TS en fecha 24-11-2000 , el mismo Alto Tribunal en la reciente sentencia de 6-2-2003 ha declarado que "Según resulta tanto del artículo 6.2 de la Ley de Arbitraje de 1988 como del artículo 2.2 del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de junio de 1958 , lo decisivo para la validez del convenio arbitral no es tanto la firma de las partes o la utilización de determinadas fórmulas como la prueba de la voluntad inequívoca de las partes contractuales de someter sus controversias a arbitraje, siendo destacable en este sentido cómo la jurisprudencia más reciente de esta Sala se pronuncia en contra de las "fórmulas sacramentales" como condicionantes de la validez de las cláusulas de sumisión a arbitraje (SSTS 1-6-99 , 13-7-01 y 18-3-02) y a favor, en cambio, del criterio respetuoso con la voluntad de las partes presente en el artículo 3.2 de la Ley de 1988 (STS 13-3-01)". Dicha doctrina ha sido respetada por el Auto apelado, y habida cuenta que el resto de motivos esgrimidos en el escrito de recurso ya han sido analizados por esta Sala al resolver el Rollo 599/03,deben reproducirse en el presente.

TERCERO.- Como ya se declaró en la resolución antes citada: ""PRIMERO.- Según se infiere del art. 1 de la ley de Arbitraje 36/1988 "mediante el arbitraje las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a Derecho". Es, por tanto, el arbitraje un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes que supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. En ese sentido, como recuerda la STC de 23- 11-1995

".....el arbitraje se considera 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 que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)".- Desde un

punto de vista objetivo queda fuera de la actuación del árbitro aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición, según cuida de indicar el art. 1 de la Ley vigente.- Desde un punto de vista subjetivo, conectado con el objetivo, el árbitro no puede equipararse a un juez en la medida en que éste es titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (art. 117 CE), revestido, por tanto, de imperium, mientras que aquel se encuentra desprovisto de tal cualidad, pues su mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia.- Ello no obstante según consta en la exposición de motivos de la Ley citada quien se somete al arbitraje no renuncia a la tutela judicial efectiva sino que ésta debe prestarse, con todo el respeto hacia la institución arbitral, si tal mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos vulnera derechos fundamentales y constitucionales, entendidos estos como el orden jurídico que conforma nuestro estado de derecho.- En particular, desde el punto de vista de la llamada contratación en masa en forma de contratos de adhesión como recuerda la STS de 5-12-2002 , la autonomía de la voluntad se ve en cierto modo limitada o restringida en beneficio de la parte más débil de la contratación: ".. la doctrina se pronuncia en el sentido de que la producción de bienes y servicios en masa y la homologación de conductas de usuarios y consumidores, según patrones miméticos, junto con las necesidades de simplificación y normativización que imponen las organizaciones empresariales a la que no son ajenas prácticas que se desarrollan por la posición preeminente que ocupan en el mercado, ha propiciado y extendido, con carácter general, la contratación sujeta a contenidos del contrato tipificados que limitan la voluntad del contratante a la mera aceptación o simple adhesión al contrato que se ofrece por la parte llamada, por ello, predisponente. La libertad en este caso del contratante precisado de aquellos bienes o servicios se deduce a la prestación del consentimiento careciendo, por regla general, (aunque no siempre ocurre así), de posibilidades reales de negociación del contenido de las condiciones del contrato. Surgen de este modo, las "condiciones generales", es decir, las impuestas por una de las partes contratantes a la otra, redactadas con carácter general, para todos los contratos de una misma clase, y que, en principio, tienden a favorecer a la parte que las impone. Las nuevas realidades sociales que son hoy lugar común en el tráfico jurídico dejan, a veces, mal parada la libertad de contratación por lo que el derecho ha establecido mecanismos compensatorios, ora sea mediante la declaración de las cláusulas oscuras que perjudiquen a la que se

denomina "parte débil" del contrato, ora sea mediante sistemas de declaración de nulidad por abusivas de las condiciones generales. Estas materias, sin embargo, aunque pertenecen al derecho privado, no obstante las normas interventoras que las regulan, están regidas por leyes especiales. (Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley de Condiciones Jurídicas de la Contratación , Legislación de Comercio y Directivas de la Unión Europea aplicables)" .- SEGUNDO.- Examinado el caso de autos en el que una empresa de distribución de telefonía móvil y la Asociación promueven la ejecución de un laudo arbitral emitido por la segunda sin comparecencia en el procedimiento arbitral de la parte afectada, desde dos prismas fundamentales debe ser confirmado el auto apelado, amen del pronunciamiento judicial que necesaria y consecuentemente deberá completar esta resolución.- El primero apunta al fraude de ley o procesal al que se refiere el art. 247 de la LEC y art. 11,2 de la LOPJ .- Y es que en efecto de los datos que aparecen en este expediente y en los restantes procedimientos que obran en esta Sala en relación con laudos emitidos por árbitros designados por la AEADE y que el Tribunal no puede ignorar por hallarse bajo su jurisdicción, y tener atribuida en exclusiva la materia relativa al arbitraje, se desprende que la Asociación que designa a los árbitros que han de emitir los laudos, y que no exige provisión de fondos a las personas que verifican su reclamación ante ella, ha asesorado previamente a las empresas de telefonía móvil que a ella posteriormente se dirigen, atendiendo la AEADE exclusivamente a sus intereses.- Ello se desprende tanto de la utilización del sello de dicha Asociación en los contratos promocionales de telefonía móvil,

únicos -que sepamos- en los que consta la designación de la Asociación como institución arbitral, como del sentido estimatorio de los laudos, en los que se destaca en su fundamentación los graves daños y perjuicios que los incumplimientos de los consumidores producen a las pequeñas y medianas empresas de telefonía móvil habida cuenta su pequeña cuantía y la "imposibilidad de hecho de acudir a la justicia ordinaria por los costes que ésta comporta" de modo que, introduciendo la cláusula arbitral en los contratos, los pequeños litigios se derivan hacia la Asociación que procede a determinar los incumplimientos, a señalar las oportunas indemnizaciones y también a cargar al reclamado con los gastos del arbitraje que como se ha visto de la diligencia del Sr. Secretario de la Sala, suponen alrededor de un 50% o más de la indemnización que se establece.- Incumplido el requerimiento de pago, tras la emisión del laudo condenatorio, la propia Asociación se encarga de solicitar judicialmente la ejecución del laudo compareciendo con una única representación y defensa junto con la empresa de telefonía móvil, contando con la limitada oposición que permite la ley en esta fase, al gozar los laudos de la misma eficacia que una sentencia firme.-

La AEADE carece de la imparcialidad que debe presumirse de la institución arbitral a la que la utilización de tales métodos pervierte.- Las explicaciones que al efecto facilita la Asociación en el recurso que se interpone contra el Auto de inadmisión de la demanda de ejecución de laudo arbitral dictado por el Juzgado a quo, no desvirtúan las anteriores consideraciones.- Así, el sello de la AEADE aparece en el contrato de promoción de telefonía móvil por lo que es claro que la Asociación no se ha limitado a sugerir los términos de la cláusula arbitral , lo cual sería lícito, sino que como se viene a admitir en el recurso ha facilitado el contrato completo, lo que supone un asesoramiento jurídico que impide la AEADE ser árbitro del litigio que en relación con los pactos convenidos pueda surgir posteriormente entre las partes, según las causas de abstención y recusación aplicables a los árbitros por remisión del art. 12,3 de la Ley de Arbitraje a los artículos correspondientes de la LOPJ (219,5 de la LOPJ).- Por otro lado es sabido que las costas constituyen un crédito de un litigante frente al otro de modo que la personación de la AEADE y de su letrado defensor ante la jurisdicción ordinaria para solicitar, no ya como coactor mancomunado por unas ciertas cantidades (las de la Administración del arbitraje), que igualmente y en puridad se deberían al instante del procedimiento arbitral, sino como acreedor solidario del conjunto de las cantidades establecidas en el laudo junto con la empresa de telefonía móvil, no viene justificado tampoco sino en el contexto de las relaciones previas entre dichas empresas y la Asociación.- TERCERO.- El segundo motivo o causa de desestimación del recurso es aún más relevante.- La cláusula arbitral, en la medida en que se encuentra inserta como condición general en contratos de adhesión celebrados con consumidores (no se niega tal condición en los demandados por la apelante, a pesar de que se introduzca extemporáneamente esta cuestión en el escrito formulando alegaciones de fecha 6-10-2003, amen de resultar en nuestro derecho patrio más amplio el concepto de consumidor que la mera referencia a la persona física ex art. 1 de la LGDCU) es nula de pleno derecho y por tanto debe tenerse por no puesta según el art. 10 bis de la ley antes citada .- En el elenco de cláusulas consideradas nulas por abusivas se cita expresamente en el numero "26ª) La sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico".-Entiende la Sala que es clara la aplicación de tal precepto en el caso que nos ocupa, en la medida en que:

a) la cláusula no ha sido negociada individualmente pues el contrato es un impreso de la empresa distribuidora de telefonía móvil y en él aparece la cláusula arbitral formando parte del mismo, siendo la misma en todos los casos por lo que reúne el carácter de condición general.

b) La remisión al arbitraje no es obviamente a una institución pública

como son las Juntas de Consumo a las que se refiere el Art. 31 de la LGDCU sino a una asociación de carácter privado que además ha asesorado previamente a la empresa oferente o predisponente.

c) 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. En tercer lugar porque se le impone al consumidor una carga sobreañadida a la indemnización que se determina a favor de la empresa de telefonía móvil, al consignarse en la cláusula analizada que con independencia de la estimación o desestimación parcial de la reclamación, los costes del proceso arbitral los ha de abonar la parte que hubiese incumplido el contrato. Dichos gastos alcanzan además una cuantía elevada, todo lo cual resulta contrario a los principios inspiradores del art. 394 de la LEC o aun del Art. 35 de la L.A que resultan de carácter imperativo según reiterada doctrina legal.

De este modo de no existir la cláusula analizada, y tener que acudir a la jurisdicción ordinaria: a) el procedimiento por cuantía debería seguirse imperativamente ante los Juzgados del domicilio del demandado (art.54 LEC); b) El coste del procedimiento podía ser muy reducido al no ser obligatoria la presencia de abogado y procurador para ninguna de las partes. El procedimiento es también gratuito cuando interviene arbitralmente las Juntas de consumo según la disp. ad. 2ª ley de Arbitraje.-No parece pues discutible que la cláusula perjudica al consumidor en beneficio del predisponente.- De hecho según se dice en el recurso el consumidor no ha acudido al procedimiento arbitral a defenderse por lo que la obstaculización al ejercicio de los derechos se ha visto efectivamente materializada.- CUARTO.- Las anteriores consideraciones y aplicación de la normativa en protección de los consumidores y usuarios deben ser realizadas de oficio por Jueces y Tribunales.

Así, de un lado, el art. 54, 1º de la L.A exige para que puede procederse judicialmente a la ejecución de un laudo arbitral que se adjunte el convenio arbitral puesto que la autonomía y libertad de las partes es lo único que justifica, según antes se ha expuesto, que éstas hagan renuncia a la jurisdicción para que diriman sus diferencias en materias disponibles, terceros particulares. Si el convenio arbitral no se presenta o el que se presenta debe tenerse por inexistente, el laudo no puede ser

ejecutado debiendo ser examinados los requisitos formales por el Juzgado ante quien se presente la demanda.- De otro, la jurisprudencia comunitaria se ha pronunciado reiteradamente por la tutela judicial de oficio en esta materia.- Así en la sentencia de 27-6-2000 donde en su fundamento nº 26 expresamente se establece que: " 26. El objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva, que obliga a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, no podría alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas. En litigios cuya cuantía es a menudo escasa, los honorarios del abogado pueden resultar superiores a los intereses en juego, lo cual puede disuadir al consumidor de defenderse ante la aplicación de una cláusula abusiva. Si bien es cierto que, en algunos Estados miembros, las reglas de procedimiento permiten a los particulares defenderse a sí mismos en tales litigios, existe un riesgo no desdeñable de que, debido, entre otras cosas, a

la ignorancia, el consumidor no invoque el carácter abusivo de la cláusula que se esgrime en su contra. De ello se deduce que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el Juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula".-Tesis que se reitera en los fundamentos siguientes cuando se dice en el numero 27 y 28 que: "Por otra parte, como ha observado el Abogado General en el punto 24 de sus conclusiones, el sistema de tutela instaurado por la Directiva se basa en la idea de que la situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. Por tal razón, el artículo 7 de la Directiva, que en su apartado 1 exige a los Estados miembros velar por que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, precisa, en su apartado 2, que estos medios deben permitir a las organizaciones de consumidores reconocidas acudir a los órganos judiciales competentes con el fin de que éstos diluciden si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y lograr, en su caso, que cese su aplicación, aun cuando no hayan sido utilizadas en contratos determinados. 28. Como ha señalado el Gobierno francés, cuesta comprender que, en un sistema que exige la existencia, con carácter preventivo, de acciones colectivas específicas con el fin de poner término a los abusos perjudiciales a los intereses de los consumidores, el Juez que conozca de un litigio relativo a un determinado contrato, en el que se estipule una cláusula abusiva, no pueda impedir la aplicación de esta cláusula por la mera razón de que el consumidor no haya planteado su carácter abusivo. Por el contrario, es preciso considerar que la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva -

impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva-, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores".- Concluyendo que la protección que la directiva 93/13 CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, otorga a éstos "implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Y que al aplicar las disposiciones de Derecho nacional anteriores o posteriores a la mencionada Directiva, el órgano jurisdiccional nacional, debe interpretarlas, en toda la medida de lo posible, a la luz del tenor literal y de la finalidad de dicha Directiva. La exigencia de interpretación conforme requiere en particular que el Juez nacional dé preferencia a aquella que le permita negarse de oficio a asumir una competencia que le haya sido atribuida en virtud de una cláusula abusiva."- Por su parte la SJCE de 21-11-2002, reitera los argumentos de la anteriormente citada en sus fundamentos nº 32, 33 y 34 estableciendo que: " A este respecto, procede recordar que, en el apartado 28 de la sentencia Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, antes citada, el Tribunal de Justicia declaró que la facultad del juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva, a saber, impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores.- Esta facultad reconocida al juez se ha considerado necesaria para garantizar al consumidor una protección efectiva, habida cuenta en particular del riesgo no desdeñable de que éste ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercitarlos (sentencia Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, antes citada, apartado 26).- De esta forma, la protección que la Directiva confiere a los consumidores se extiende a aquellos supuestos en los que el consumidor que haya celebrado con un profesional un

contrato en el que figure una cláusula abusiva no invoque el carácter abusivo de la citada cláusula bien porque ignore sus derechos, bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos."- Decir por ultimo que la sentencia del TS que cita el apelante en nada contraría los anteriores fundamentos, máxime cuando la doctrina legal en las escasas resoluciones que sobre materia relativa a derechos de los consumidores

ha podido dictar (supuestos de controversia sobre competencia territorial) se ha pronunciado a favor de los derechos consumidores en aplicación de la normativa comunitaria (vide STS de 21-12-2001 22-11-2002 siendo irrelevantes las restantes sentencias que se citan en el recurso que no constituyen doctrina legal de clase alguna. Además, podemos citar otras en sentido opuesto como es la de la Sección 13 de la Audiencia Provincial de Madrid de 4-6- 2002 que en un caso igual al de la cláusula contemplada se pronuncia por su nulidad y por no reconocer eficacia alguna al laudo dictado por la AEADE.- QUINTO.- En línea con lo hasta el momento razonado entiende la Sala que la inclusión de la cláusula arbitral en los contratos de promoción de telefonía móvil puede vulnerar lo dispuesto en la ley de condiciones Generales de la Contratación (art. 8,2) por lo que procede dar traslado de testimonio del presente expediente al Ministerio Fiscal, por si entendiera oportuno iniciar las acciones de cesación previstas en la disposición adicional tercera de la ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Art 11 de la LEC ."". Corolario de lo expuesto es la desestimación del recurso y la íntegra confirmación de la resolución apelada.

CUARTO.- Las costas del recurso se impondrán a la parte apelante por imperativo legal (art. 398 LEC)

PARTE DISPOSITIVA

ESTE TRIBUNAL, ante mí el Secretario, A C U E R D A:

CONFIRMAR el Auto apelado dictado el diez de abril de dos mil tres por el Iltmo. Sr. Magistrado del Juzgado Primera Instancia 52 Barcelona en las actuaciones a que se contrae el presente, con expresa condena de las costas de esta alzada al apelante. Dedúzcase testimonio del presente expediente al Ministerio Público por si entendiese oportuno iniciar las acciones cesación previstas en la disposición adicional tercera de la ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Art. ll de la LEC en relación con la cláusula arbitral objeto de los presentes autos.

Firme esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia con testimonio del mismo para su cumplimiento.

Así por este nuestro Auto, del que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.