Id. Cendoj: 28079370102007200148
ECLI: ES:APM:2007:10747A
ROJ: AAP M 10747/2007
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 10
Nº de Resolución: 165/2007
Fecha de Resolución: 11/07/2007
Nº de Recurso: 808/2006
Jurisdicción: Civil
Ponente: MARIANO ZAFORTEZA FORTUNY
Procedimiento: Recurso de apelación
Tipo de Resolución: Auto

Idioma:

Español

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 10

MADRID

AUTO: 00165/2007

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE MADRID

Sección 10

4530A

C/ FERRAZ 41

Tfno.: 914933847-48-918-16 Fax: 914933916

N.I.G. 28000 1 7025944 /2006

Rollo: RECURSO DE APELACIÓN 808/2006

Autos: EJECUCIÓN FORZOSA DEL LAUDO ARBITRAL 738/2006

Órgano Procedencia: JZDO. PRIMERA INSTANCIA Nº 70 DE MADRID

De: ONUFONE, S.L.

Procurador: YOLANDA LUNA SIERRA

Contra: Melisa , AUTO DE FECHA 19 DE JUNIO DE 2.006 DEL JUZGADO DE 1ª ISTANCIA Nº 70 DE MADRID

Procurador: SIN PROFESIONAL ASIGNADO

Ponente: SR. DON MARIANO ZAFORTEZA FORTUNY

A U T O Nº

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MARIANO ZAFORTEZA FORTUNY

Dª ANA Mª OLALLA CAMARERO

Dª Mª DE LOS ÁNGELES RODRÍGUEZ ALIQUE

En MADRID, a once de Julio de dos mil siete.

La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los Autos Nº 738/2006, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia Nº 70 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como apelante demandante la mercantil ONUFONE, S.L., representad por la Procuradora Sra. Dª Yolanda Sierra Luna y defendida por Letrado, y de otra como apelado el Auto de fecha 19 de Junio de 2.006 del Juzgado ante expuesto, disponiendo la Ejecución de Laudo contra Dª Melisa , por el trámite de Ejecución Forzosa de Laudo.

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don MARIANO ZAFORTEZA FORTUNY .

I.- HECHOS

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia Nº 70 de Madrid, en fecha 9 de Junio de 2.006, se dictó Auto , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"1.- SE DESPACHA a Instancias de ONUFONE, S.L., parte Ejecutante, ejecución frente a Dña. Melisa , parte ejecutada, por las siguientes cantidades: 300,00.- euros en concepto de principal, dado que la parte actora no acredita haber cobrado las costas, más 90,00.- euros presupuestados para intereses y costas sin perjuicio de ulterior liquidación.

2.- Procédase al embargo de bienes y derechos del ejecutado en cantidad suficiente para cubrir las sumas por las que se despacha la ejecución.

3.- expídase mandamiento al Agente Judicial que corresponda de este Juzgado, o, en su caso, al del servicio Común de Notificaciones y Embargos, para que asistido de Secretario u Oficial habilitado, proceda al embargo de bienes del ejecutado en cuanto sean suficientes para cubrir las sumas antes expresadas, observándose en la traba las prevenciones establecidas en la sección 1ª, Capítulo III, Título IV del Libro III de la LECn, sirviendo el testimonio de la presente de Mandamiento en forma.

Requiérese al ejecutado expresado para que, en el plazo máximo de 10 DÍAS, manifieste en este Juzgado o ante la comisión judicial en el momento del embargo, relación de bienes

y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución con expresión, en su caso, de cargas o gravámenes, así como, en el caso de inmuebles, si están ocupados, por qué personas y con qué título, con apercibimiento de las sanciones que pueden imponérsele, cuando menos por desobediencia grave, en caso de que no presente la relación de sus bienes, incluya en ella bienes que no sean suyo, excluya bienes propios susceptibles de embargo o no desvele las cargas y gravámenes que sobre ellos pesaren, así como la posibilidad de imponerle multas periódicas si no respondiere a dicho requerimiento.

7.- Hágase saber a las partes que, de conformidad con lo establecido en el artículo 155.5 de la LECn , si cambiasen su domicilio durante la sustanciación del proceso, lo comunicarán inmediatamente al tribunal.

8.- Notifíquese esta resolución al/los ejecutado/s con entrega de copia de la demanda ejecutiva y de los documentos acompañados, sin citación ni emplazamiento, para que, en cualquier momento pueda/n personarse en la ejecución.

Procédase al desglose del ejemplar justificante del pago de la tasa judicial correspondiente a la administración tributaria a los efectos oportunos.

AL PRIEMR OTROSI DIGO: Se tienen por interesado lo indicado en el mismo y se acuerda librar oficio a la Oficina de Averiguación Patrimonial, y con su resultado se acordará sobre el libramiento de los demás oficios.

AL SEGUNDO OTROSI DIGO: Conforme a lo indicado e el mismo líbrese Exhorto al Juzgado Decano de igual Clase de HUELVA.

AL TERCER OTROSI DIGO: Se tienen por efectuadas las manifestaciones indicadas en el mismo."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso Recurso de Apelación por la parte demandante. Admitido el Recurso de Apelación en ambos efectos, se acordó conceder traslado a la parte apelante para que pudiera alegar lo que estimara oportuno acerca de si procedía denegar el despacho de ejecución solicitado por nulidad de la cláusula de sumisión a arbitraje, habiendo presentado aquella parte un escrito evacuando dicho traslado, elevándose los autos ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de fecha , se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día .

Posteriormente, se acordó conceder traslado a la parte apelante para que pudiera alegar lo que estimara oportuno acerca de si procedía denegar el despacho de ejecución solicitado por nulidad de la cláusula de sumisión a arbitraje, habiendo presentado aquella parte un escrito evacuando dicho traslado.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La representación procesal de la entidad Onufone, S.L., presentó demanda de ejecución de laudo arbitral de contra doña Melisa , solicitando el despacho de ejecución en cantidad suficiente para cubrir 702'95 euros de principal así como 351'45 euros

calculados para costas e intereses que pudieren devengarse durante la ejecución. El Juzgado "a quo" despachó ejecución sólo por la cantidad de 300 euros más 90 euros presupuestados para intereses y costas, sin perjuicio de ulterior liquidación. La parte ejecutante interpuso recurso de apelación en solicitud de que se siga ejecución por el total reclamado en concepto de principal más un 30% por costas e intereses, aduciendo que en el laudo ha aportado con su demanda se había condenado a la señora Melisa a abonar 300 euros por su incumplimiento frente a Onufone, S.L., más 402'95 euros por costas del procedimiento arbitral, debiendo abarcar el despacho de ejecución ambas sumas por los respectivos conceptos señalados.

Durante la sustanciación de la segunda instancia, este Tribunal concedió el plazo de cinco días a la representación procesal de Onufone, S.L., para que pudiera alegar lo que estimara oportuno acerca de si procedía denegar el despacho de ejecución solicitado por nulidad de la cláusula de sumisión a arbitraje, traslado que fue evacuado por la apelante, la cual puso de relieve que en el auto dictado por el Juzgado no se denegó el despacho de ejecución ni se hizo mención alguna a la nulidad de la causa de sumisión a arbitraje, sin que conste que la ejecutada haya planteado esta cuestión, por todo lo cual la recurrente mantuvo que no procede denegar el despacho de ejecución solicitado por nulidad de cláusula de sumisión a arbitraje.

SEGUNDO.- Dado lo aducido por la apelante al evacuar el traslado que le fue conferido para alegar lo que estimara oportuno acerca de si procedía denegar el despacho de ejecución por nulidad de la cláusula de sumisión a arbitraje, señalando que esa cuestión ni había sido tratada por el Juzgado "a quo" ni había sido planteada por la parte ejecutada, conviene explicitar que esta Sala no ignora que el artículo 456.1 de Ley de Enjuiciamiento Civil establece respecto al ámbito y efectos del recurso de apelación que "en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación", así como que el artículo 465.4 del mismo texto legal preceptúa que "la sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461. La sentencia no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado". Sin embargo, la cuestión antedicha es susceptible de ser planteada de oficio por la Sala porque la normativa protectora de consumidores y usuarios determina la nulidad de pleno derecho de las condiciones generales abusivas y el artículo 6.3 del Código Civil dispone que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho salvo que en ellas se establezca un efecto distinto en caso de contravención, por lo cual los órganos jurisdiccionales deben analizar de oficio si concurre aquella nulidad, haya sido invocada o no por alguna de las partes, máxime cuando el Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de declaración de oficio de los actos contrarios a las normas prohibitivas e imperativas cuando tal nulidad venga impuesta de modo terminante y específico en un precepto legal (sentencias de 26 de julio de 1986 , 17 de octubre de 1987 y 29 de octubre de 1990 , entre otras). Por ello, habiéndose respetado el principio de audiencia permitiendo a la recurrente argüir lo que conviniera a su derecho en cuanto a ese tema, debe este Tribunal examinarlo de oficio, con independencia de lo que más adelante se indicará respecto a si dicho análisis se puede hacer en fase de ejecución.

TERCERO.- Al efectuar esa tarea, en la línea trazada ya en el auto de esta Sección de fecha 10 de mayo de 2007 , es adecuado partir de la premisa de que la Ley 1/2000, de 7 de

enero, de Enjuiciamiento Civil incorpora, entre los títulos que tienen aparejada ejecución "los laudos o resoluciones arbitrales" (artículo 517.2, 2 .º), de modo que aunque nada se diga, la abstracta y genérica dicción legal se ha de entender referida exclusivamente a los laudos y resoluciones arbitrales "de condena", precisión que sí se efectúa a propósito de las sentencias firmes a las cuales se equiparan (artículo 517.2, 1.º). Para instar ante los órganos de la jurisdicción la ejecución de los laudos y resoluciones arbitrales de condena, se habrán de presentar ante aquél además del título ejecutivo, esto es, el laudo o resolución de cuya ejecución se trate (artículo 550.1, 1.º, párrafo primero), "el convenio arbitral y los documentos acreditativos de la notificación de aquél a las partes" (artículo 550.1, 1.º, párrafo segundo). Se dispone, asimismo, que "presentada la demanda ejecutiva, el tribunal despachará en todo caso la ejecución siempre que concurran los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de alguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título" (artículo 551.1). Con todo, se explicita que "si el tribunal entendiese que no concurren los presupuestos y requisitos legalmente exigidos para el despacho de la ejecución, dictará auto denegando el despacho de la ejecución" (artículo 552.1). Debe quedar claro que, como regla, en el momento de despachar ejecución, el Juez ejecutor no puede analizar la validez, la suficiencia ni la existencia misma del convenio arbitral; antes bien, debe circunscribir su análisis a la regularidad formal del laudo. Ni siquiera la propia existencia, validez o eficacia del convenio arbitral puede ser alegada como motivo de oposición al despacho de la ejecución. Es ésta una competencia propia de los árbitros en el seno del arbitraje (artículo 22.1 de la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre), y de la Audiencia Provincial a que corresponda el lugar en que se dictó el laudo o resolución (artículo 8.5 de la Ley de Arbitraje) en el seno de la acción de anulación que eventualmente se pueda promover [artículo 44.1, a) de la Ley de Arbitraje].

Por otro lado, cabe poner de relieve el extraordinario y prácticamente ilimitado señorío de la autonomía de la voluntad que impregna la mayor parte del articulado de la Ley de Arbitraje, 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. Pero no puede admitirse idéntico alcance a la autonomía de la voluntad cuando las dos partes que convienen someter una controversia a arbitraje que en los casos en los que uno de los sujetos ha de reconocérsele la calidad de consumidor. Si, y sólo si uno de los estipulantes es un consumidor, la normativa dictada para su protección debe prevalecer sobre las previsiones de la Ley de Arbitraje. En nuestro Derecho, la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas incluidas en los contratos por los profesionales ha sido garantizada en primer término a través de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en cuyo artículo 10 se recogen los requisitos de las cláusulas aplicadas a la oferta o promoción de productos o servicios en relación con los intereses económicos y sociales de los consumidores, mientras que el artículo 10 bis regula las cláusulas abusivas, y el artículo 31, en sus apartados 1 a 3, establece que "1. Previa audiencia de los sectores interesados y de las Asociaciones de consumidores y usuarios, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución . 2. El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito. 3. Los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias". En relación con esas disposiciones, la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación preceptúa en su artículo 8 que serán nulas de pleno derecho

las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esa Ley y, en particular, las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor en el sentido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En el presente caso, hemos de reparar en que de la documentación presentada junto con la demanda ejecutiva se desprende que la ejecutada es una persona física, doña Melisa , quien suscribió el contrato con la empresa ejecutante Onufone, S.L., en su propio nombre. Además, el contrato celebrado se encuentra impreso y en el encabezamiento del mismo se hace constar explícitamente que se trata de un "contrato promocional de terminales de telefonía móvil para particulares". En la cláusula de sumisión a arbitraje, se estipula que los intervinientes acuerdan que todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultantes de la ejecución o interpretación del contrato se resolverán definitivamente mediante arbitraje de equidad en el marco de la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (AEADE), a la que se encomienda la administración del arbitraje y la designación de árbitros de acuerdo con el convenio arbitral que figura al dorso de dicho documento.

El mencionado convenio arbitral se incorpora al dorso del contrato y no se encuentra firmado por ninguna de las partes ni hay dato alguno del que pueda deducirse que fuera siquiera objeto de negociación alguna, y no ya aceptado, sino incluso leído, no entendiendo en definitiva, respaldado el convenio en cuestión por un consentimiento bilateral y cierto, ni por un asentimiento claro, preciso y determinante para ambas partes, de someter sus diferencias y vicisitudes contractuales a un arbitraje ni de acatarlo; voluntad inequívoca a la que aluden para su validez, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1999 o de 6 de febrero de 2003 , en la que se 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 (sentencias del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1999 , 13 de julio de 2001 y 18 de marzo de 2002), 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 (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2001 ".

Sentado que nos hallamos ante una consumidora que ha celebrado un contrato predispuesto en el que se incorpora el convenio arbitral, ha de concluirse en que es nulo de pleno derecho y por tanto debe tenerse por no puesto según el artículo 10 bis de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios , porque: a) la cláusula no consta haya sido negociada individualmente pues el contrato es un impreso empleado por 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 artículo 31 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios , sino a una asociación de carácter privado; c) la cláusula perjudica claramente a los intereses del consumidor y el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes. Ello es así porque, si como aquí acontece, quien insta la tutela de su derecho no es la empresa contratante, se impide al otro contratante a acudir a la jurisdicción ordinaria o a la institución 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, y en tercer término porque se 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, gastos que alcanzan además una cuantía elevada, superior al principal, resultado más perjudicial que el que le depararía el acogimiento de la pretensión en vía jurisdiccional, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . De este modo, de no existir la cláusula analizada, y tener que acudir a la jurisdicción ordinaria, el procedimiento por cuantía debería seguirse imperativamente ante los Juzgados del domicilio del demandado (artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y el coste del procedimiento podría ser muy reducido al no ser obligatoria la presencia de abogado y procurador para ninguna de las partes. El procedimiento es también gratuito cuando intervienem arbitralmente las Juntas de Consumo.

No parece, pues, discutible que la cláusula perjudica al consumidor en beneficio del predisponente. De hecho según se desprende del laudo la consumidora ejecutada no ha acudido al procedimiento arbitral a defenderse por lo que la obstaculización al ejercicio de los derechos se ha visto efectivamente materializada.Por otro lado, si reparamos en el segundo inciso de la cláusula 3.ª del contrato se advierte que se ofrecen al consumidor dos vías para dirimir los conflictos derivados del contrato, la de la jurisdicción ordinaria y la del arbitraje, y dentro de esta última el arbitraje bien a impartir por AEADE o bien por el procedimiento arbitral de consumo. Se trata, como se ve, de una facultad de opción que, como tal, exige del consumidor una declaración de voluntad ulterior, sin que baste la exposición inicial de las distintas opciones que tiene para estimar que el consumidor queda vinculado a cualquiera de ellas, a elección de la otra parte contratante, la empresa de telefonía, sin necesidad de un acto volitivo posterior de aquél determinando una elección concreta, en particular la sumisión al arbitraje de AEADE y no consta tal manifestación de voluntad ni puede deducirse por el hecho de haber podido presentar alegaciones en el seno del arbitraje.

CUARTO.- La cuestión se traslada, sin embargo, a determinar si puede ser de aplicación la normativa dictada para la protección de los consumidores y usuarios "ex officio iudicis", atendido que nos hallamos en sede de ejecución y no consta que la ejecutada haya comparecido en el procedimiento arbitral ejercitando lo conducente a su defensa, o haya promovido la acción de anulación del laudo. Al respecto, además de lo apuntado en el razonamiento jurídico segundo de esta resolución, conviene recordar que El Tribunal de Justicia de la Unión tiene reconocido que los órganos jurisdiccionales nacionales ostentan la facultad de apreciar de oficio la ilegalidad de las cláusulas abusivas incluidas en contratos cuya ejecución reclaman los profesionales. Así en la sentencia de 27 de junio de 2000 , "Océano Grupo Editorial y Salvat Editores", apdos. 25 y 27, el Tribunal de Justicia recordó que el artículo 7, apartado 2, de la Directiva introduce la posibilidad de que las organizaciones de consumidores reconocidas acudan a los órganos judiciales con el fin de que éstos determinen si las cláusulas redactadas con vistas a su utilización general tienen carácter abusivo, y en su caso declaren su ilegalidad, aun cuando no hayan sido utilizadas en contratos determinados. La razón, prosigue el Tribunal de Justicia, es que la citada disposición forma parte de un sistema de protección que «se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información» y que dicha situación "sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato".

Según el Tribunal de Justicia, en un sistema que admite este tipo de intervenciones, "cuesta comprender que (...) 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" (apdo. 28) Por el contrario, es coherente con el citado sistema admitir una intervención positiva del juez nacional consistente en apreciar de oficio la ilegalidad de la cláusula y, en su caso, en no aplicarla. Posteriormente, en la sentencia de 21 de noviembre de 2002 , "Cofidis", el Tribunal añadió que procede reconocer a los jueces la facultad de apreciar la ilegalidad de una cláusula abusiva aun cuando el consumidor no la haya invocado dentro del plazo establecido por el Derecho nacional. A este respecto, el Tribunal de Justicia destacó que la protección que la Directiva 93/13 pretende garantizar a los consumidores es una "protección efectiva" y tiene por objeto que cese la utilización por los profesionales de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (véase el artículo 7), así como impedir que las cláusulas abusivas eventualmente incluidas en los citados contratos puedan vincular a los propios consumidores (apdos. 32 y 33). Según el Tribunal de Justicia, en los procedimientos incoados por profesionales dicho objetivo podría verse perjudicado por el "riesgo no desdeñable de que [el consumidor] ignore sus derechos" o de que "los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos". Para evitar este riesgo, es necesario que la citada facultad se extienda, al menos en el caso de las acciones ejercitadas por profesionales, también "a aquellos supuestos en los que el consumidor (...) no invoque el carácter abusivo" de la cláusula incluida en el contrato dentro de "un plazo de preclusión" fijado por una norma nacional (apdos. 33 a 36).

En el caso de autos, como se desprende del laudo acompañado a la demanda ejecutiva, y al igual que aconteció en el asunto "Cofidis", existía el riesgo no desdeñable (y que en la práctica se concretó) de que en el procedimiento arbitral incoado por el profesional el consumidor no pudiese ejercitar efectivamente esas facultades bien por ignorancia o bien por el miedo de verse obligado, en el caso de impugnar el convenio arbitral o de que éste se declarase nulo, a afrontar los costes derivados de un recurso ante la jurisdicción ordinaria. Además, la decisión de servirse de las facultades indicadas o bien renunciar a ellas con la esperanza de que el litigio se resolviese de manera más rápida y menos gravosa estaba sometida a plazos tan breves que, en la práctica, su ejercicio resultaba excesivamente difícil, por no decir imposible. En efecto, según se desprende del convenio arbitral y del laudo, la controversia se sometió a un organismo arbitral que concedió a la ejecutada un plazo breve para decidir si rechazaba el arbitraje y, en caso negativo, para formular alegaciones y proponer pruebas en su defensa. Por tanto, el derecho de defensa de la consumidora resultó gravemente limitado.

A su vez, no puede concluirse que al reconocerse al Juez ejecutor y sin previa impugnación la facultad de apreciar la ilegalidad de la cláusula compromisoria en el caso de que no se haya propuesto la correspondiente excepción en el plazo debido o ejercitado la acción de anulación, se perjudica gravemente a la exigencia de eficacia y seguridad de los arbitrajes. Ciertamente es ésta una exigencia que la Ley de Arbitraje pretende precisamente salvaguardar cuando impone limitaciones procedimentales a las objeciones relativas al convenio arbitral y cuando circunscribe la posibilidad de anular el laudo a los supuestos enumerados taxativamente (artículos 22 y 41 de la Ley de Arbitraje). Pues bien, no ofrece duda que "la eficacia del procedimiento arbitral" es una exigencia que justifica que se limite el "control de los laudos arbitrales" (STJCE de 1 de junio de 1999 , Eco Swiss, apartado 35). La exigencia de méritos da lugar a que en numerosas normativas procesales y en varios instrumentos internacionales (artículo 5 del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, así como el artículo 34 de

la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) se identifiquen un número definido de supuestos en los cuales "pueda obtenerse la anulación de un laudo o la denegación del reconocimiento" [STJCE de 1 de junio de 1999 , Eco Swiss, apartado 35]. Nótese que, al igual que la mayor parte de las legislaciones nacionales y de los instrumentos internacionales en la materia, la Ley de Arbitraje incluye entre los casos en los cuales puede anularse un laudo el hecho de que éste sea contrario a las normas de orden público (artículo 41), con independencia de que alguna de las partes lo alegue. Por otra parte, el propio Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Eco Swiss que "en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia" de normas comunitarias de este tipo (apdo. 37). Así era en aquel caso, según el Tribunal, el artículo 81 CE , al que calificó de norma de orden público, por tratarse de una disposición "fundamental" e "indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para el funcionamiento del mercado interior" (apdo. 36).

Sobre esta base, y habida cuenta de la importancia que ha adquirido en el ordenamiento comunitario la protección de los consumidores, la Directiva 93/13 también puede considerarse norma de orden público. En efecto, se trata de un conjunto de disposiciones de armonización aprobadas con el fin de garantizar una protección más eficaz del consumidor en el ámbito del mercado interior. Por tanto, son disposiciones importantes que pueden incluirse en la tarea de "fortalecimiento de la protección de los consumidores", enumerada en el artículo 3 CE , letra t), entre los cometidos fundamentales de la Comunidad, con la consecuencia de que los jueces nacionales deben garantizar su respeto siempre que deba actuar el oficio jurisdiccional (en anulación, pero también en sede de ejecución), aun cuando -como en el caso de autos- no se haya invocado su infracción en el procedimiento arbitral.

Con esta argumentación no se otorga un alcance excesivamente amplio a un concepto que, como el de normas de orden público, tradicionalmente se refiere sólo a las normas que un ordenamiento jurídico considera de absoluta y primordial importancia. Y entre ellas está, sin duda alguna, el respeto del derecho de defensa. En efecto, como ya se ha expuesto, es precisamente ese derecho el que resulta menoscabado de manera grave como consecuencia del convenio que dio lugar al laudo objeto del presente procedimiento. Es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el derecho de defensa debe salvaguardarse "en todo procedimiento incoado contra una persona y que pueda terminar en un acto que le sea lesivo" (sentencias de 29 de junio de 1994, Fiskano/Comisión, apartado 39 , y de 24 de octubre de 1996 , Comisión/Lisrestal y otros, apartado 21); es decir, también en los procedimientos arbitrales. Su respeto constituye un "principio fundamental del Derecho comunitario" que "figura entre los derechos fundamentales que se desprenden de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros" (sentencia de 28 de marzo de 2000 , apartado 38).

Finalmente, la orientación que aquí se preconiza aparece corroborada por la reciente Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de consumidores y usuarios, que aun cuando no sea de aplicación directa al caso de autos, puede considerarse que expresa una regla inmanente en la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril. Esta disposición ha reformado entre otros, los artículos 10, 10 bis y 31 de la Ley General para la Defensa de consumidores y Usuarios . A este último precepto se ha adicionado un nuevo apartado 4 según el cual "los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo previsto en este artículo, sólo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto

específico. Los convenios arbitrales pactados contraviniendo lo dispuesto en el párrafo precedente serán nulos".

Por todo cuanto antecede, sin entrar en el examen del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Onufone, S.L., procede denegar el despacho de ejecución instado por la misma frente a doña Melisa .

QUINTO.- Con respecto a las costas de la segunda instancia, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no procede hacer imposición expresa, al no entrarse a dilucidar la apelación, por las razones ya expuestas.

Vistos los preceptos legales citados y demás disposiciones normativas de general y pertinente aplicación.

III.- PARTE DISPOSITIVA

Que sin entrar en el examen del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad Onufone, S.L., contra el auto de fecha 19 de junio de 2006, dictado por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 70 de Madrid, en los autos de ejecución de laudo arbitral de los que trae causa el presente rollo, debemos resolver y resolvemos:

1º) Denegar el despacho de ejecución instado por la representación procesal de la entidad Onufone, S.L., contra doña Melisa con base en el laudo arbitral acompañado con la demanda ejecutiva.

2º) No hacer imposición expresa en cuanto a las costas de esta alzada.

Así, por este nuestro auto, del que se llevará certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.