Id. Cendoj: 28079370102008200098
ECLI: ES:APM:2008:5832A
ROJ: AAP M 5832/2008
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 10
Nº de Resolución: 157/2008
Fecha de Resolución: 09/04/2008
Nº de Recurso: 211/2008
Jurisdicción: Civil
Ponente: JOSE MANUEL ARIAS RODRIGUEZ
Procedimiento: Recurso de apelación
Tipo de Resolución: Auto

Idioma:

Español

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 10

MADRID

AUTO: 00157/2008

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

MADRID

Sección 10

4530A

C/ FERRAZ 41

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

N.I.G. 28000 1 7003366 /2008

Rollo: RECURSO DE APELACION 211 /2008

Autos: EJECUCION FORZOSA DEL LAUDO ARBITRAL 1168 /2006

Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 43 de MADRID

De: GENNER SPAIN, S.L.

Procurador: YOLANDA LUNA SIERRA

Contra:

Procurador:

Ponente: ILMO. SR. D. JOSE MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ

A 0 T O

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JOSE MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ

D. ÁNGEL VICENTE ILLESCAS RUS

DªANA Mª OLALLA CAMARERO

En MADRID , a nueve de abril de dos mil ocho.

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 1168/06, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 43 de Madrid, seguidos a instancia de, como demandante-apelante GENNER SPAIN, S.L., representada por la Procuradora Dª Yolanda Luna Sierra y defendida por Letrado, seguidos por el trámite de ejecución laudo arbitral.

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo.Sr. D. JOSE MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

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

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 43 de Madrid, en fecha 7 de noviembre de 2006, se dictó auto , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:"No ha lugar a la admisión de la demanda de ejecución de laudo arbitral presentada por la representación procesal de la mercantil GENNER SPAIN S.L. contra D. Domingo .".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante. Admitido el recurso de apelación en ambos efectos, se dio traslado del mismo a la parte apelada. Elevándose los autos ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de fecha 1 de abril de 2008, 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 7 de abril de 2008.

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

II.- RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se combate por la representación procesal de la entidad mercantil GENNER SPAIN S.L. el auto dictado el 7 de noviembre de 2006 , en cuya virtud se inadmitió la demanda de ejecución presentada frente a D. Domingo , exponiéndose en el escrito de interposición del recurso la base impugnativa, principiando por subrayar que es

laudo arbitral de cuya ejecución se trata es firme, al no haberse formulado recurso de anulación frente al mismo. Sin embargo, la revisión de la documentación que se adjuntó a la demanda de ejecución obliga a concluir lo contrario, ya que no consta que el laudo se haya notificado al interesado, pues que los acuses de recibo aportados denotan que aquél estaba ausente en el momento del reparto, de lo que ha de seguirse que no se llenan los presupuestos procesales para despachar la ejecución impetrada, lo que sería suficiente para desestimar el recurso.

En todo caso, es dable recordar el criterio que este Tribunal ha venido declarando reiteradamente sobre la temática planteada por la parte apelante, criterio que ha de mantenerse por mor del principio de igualdad en la aplicación de la Ley e inexistir razones suficientes para modificarlo.

La resolución de la cuestión litigiosa objeto del presente Rollo precisa adoptar como necesario punto de partida, los siguientes antecedentes:

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil incorpora, entre los títulos que tienen aparejada ejecución «los laudos o resoluciones arbitrales» (art. 517.2, 2 .º). Aunque nada se diga, la abstracta y genérica dicción legal se ha de entender referida exclusivamente a los laudos y resoluciones arbitrales «de condena». Esta precisión si se efectúa en la Ley a propósito de las sentencias firmes a las cuales se equiparan (art. 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 (art. 550.1, 1.º, párr. primero), «el convenio arbitral y los documentos acreditativos de la notificación de aquél a las partes» (art. 550.1, 1.º, párr. 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» (art. 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» (art. 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 (art. 22.1 de la LA 60/2003, de 23 de diciembre), y de la Audiencia Provincial a que corresponda el lugar en que se dictó el laudo o resolución (art. 8.5 LA) en el seno de la acción de anulación que eventualmente se pueda promover [art. 44.1, a) LA].

A la regla general que acaba de ser enunciada se atiene el parecer mayoritario de esta Audiencia Provincial adoptado en el apdo. 10 del Acuerdo núm. 10/2004, de 23 de septiembre, en Junta de Unificación de Criterios (JUR 200407394), con 22 votos a favor y 4 en contra; y expresado, entre otras, en las siguientes resoluciones:

A) AAP de Madrid, Secc. 9.ª, núm. 119/2004, de 13 de mayo (R.A. 146/2004; AC 2004584); Vide, asimismo, AAAP de Madrid, Secc. 9.ª, núms. 255/2004, de 28 de octubre (R.A. 585/2004; JUR 200413361); 39/2005, de 28 de febrero (R.A. 634/2004; JUR

200509026); 92/2005, de 21 de abril (R.A. 11/2005; JUR 200557810); 239/2005, de 6 de octubre (R.A. 359/2004; JUR 200552421), entre otros.

B) AAP de Madrid, Secc. 11.ª, núm. 38/2005, de 14 de marzo (R.A. 39/2005; JUR 200508099); Vide, asimismo, AAAP de Madrid, Secc. 11.ª, núms. 124/2005, de 23 de junio (R.A. 292/2005; JUR 200568404); 53/2006, de 10 de marzo (R.A. 571005; AC 200638).

C) AAP de Madrid, Secc. 12.ª, núm. 719/2005, de 25 de octubre (R.A. 724/2004; JUR 200551793);

Vide también AAP de Madrid, Secc. 12.ª, núm. 698/2005, de 18 de octubre (R.A. 649/2004; JUR 200552068).

D) AAP de Madrid, Secc. 19.ª, núm. 52/2005, de 4 de marzo (R.A. 86/2005; AC 200511); Vide, asimismo AAAP de Madrid, Secc. 19.ª, núms. 135/2005, de 27 de mayo (R.A. 289/2005; JUR 200555276); 136/2005, de 27 de mayo (R.A. 297/2005; JUR 200555283).

E) AAP de Madrid, Secc. 20.ª, 29/2005, de 8 de febrero (R.A. 492/2004; JUR 200509915); Vide, también, AAP de Madrid, Secc. 20.ª, núm. 31/2005, de 2 de febrero (R.A. 600/2004; JUR 200510086).

F) AAP de Madrid, Secc. 21.ª, núm. 16/2006, de 11 de enero (R.A. 741/2005; AC 200636); Vide, también, AAAP de Madrid, Secc. 21.ª, núms. 2/2006, de 2 de enero (R.A. 648/2005; JUR 20064950); 353/2005, de 12 de julio (R.A. 454/2005; JUR 200591197); 345/2005, de 5 de julio (R.A. 687/2004; JUR 200585879); 183/2004, de 7 de septiembre (R.A. 243/2004; JUR 200499208).

G) AAP de Madrid, Secc. 25.ª, núm. 90/2005, de 29 de abril (R.A. 651/2004; JUR 200526683); Vide, asimismo, AAP de Madrid, Secc. 25.ª núms. 157/2004, de 4 de noviembre (R.A. 882/2003; AC 2004146); 82/2005, de 19 de abril (R.A. 506/2004; JUR 200510931); 104/2005, de 18 de mayo (R.A. 286/2004; JUR 200559535).

H) Esta misma Sección ha dictado numerosas resoluciones en este mismo sentido, de la que es ejemplo el Auto núm. 348/2006, de 29 de septiembre (R.A. 343/2006; EDJ: 2006/303734); Vide AAAP de Madrid, Secc. 10.ª, núms. 85/2004, de 9 de marzo (R.A. 836/2003; JUR 200449324); 118/2004, de 22 de abril (R.A. 98/2004; AC 2004762); 139/2005, de 25 de abril (R.A. 28/2005; JUR 200543234); 236/2005, de 27 de junio (R.A. 313/2005; JUR 200586344).

A su vez, la Secc. 14.ª de la AP de Madrid, en diversos Autos, de los que es muestra significativa el núm. 224/2005, de 29 de septiembre (R.A. 303/2005; JUR 200548400), ha apreciado de oficio la contravención del orden público en trámite de ejecución por falta de imparcialidad del árbitro designado por AEADE.

Es claro que las reglas generales, con apoyo positivo en la disciplina rectora de la ejecución en la LEC 1/2000, acogida, como se ha visto por las decisiones mayoritarias de esta Audiencia, no pueden ser arbitrariamente desconocidas ni vulneradas.

No obstante, es factible efectuar alguna modalización de las mismas en atención a la concurrencia de circunstancias específicas y particulares, sin propósito alguno de generalización a casos en los cuales dichas condiciones no se hallen presentes.

Esta modulación a que nos referimos exige tomar en consideración que el arbitraje

nacional e internacional celebrado o seguido en España se rige, en la actualidad, por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre («B.O.E.» núm. 309, de 21 de diciembre).

Se trata de una norma que toma como patrón cardinal la denominada Ley Modelo de UNCITRAL/CNUDMI. Sin perjuicio de su carácter y proyección generales (E.M., II, párr. cuarto) y de extender su ámbito de aplicación a otros arbitrajes de manera directa o supletoria (art. 1.3 LA), no puede desconocerse que el arquetipo en que se inspira ha contemplado fundamentalmente el arbitraje comercial internacional. Esto explica el extraordinario y prácticamente ilimitado señorío de la autonomía de la voluntad que impregna la mayor parte del articulado de la Ley. Autonomía privada que se puede manifestar tanto a través de las declaraciones emitidas por las partes, cuanto de las que pueden emitir las entidades o instituciones administradoras del arbitraje o los propios árbitros.

A estos efectos es necesario recordar, en particular, el artículo 22 de dicha Ley , que dispone lo siguiente: «1. Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral.

2. Las excepciones a las que se refiere el apartado anterior deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber designado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción consistente en que los árbitros se exceden del ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como se plantee, durante las actuaciones arbitrales, la materia que exceda de dicho ámbito.

Los árbitros sólo podrán admitir excepciones opuestas con posterioridad si la demora resulta justificada.

3. Los árbitros podrán decidir las excepciones de que trata este artículo con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto. La decisión de los árbitros sólo podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo en el que se haya adoptado. Si la decisión fuese desestimatoria de las excepciones y se adoptase con carácter previo, el ejercicio de la acción de anulación no suspenderá el procedimiento arbitral».

Y el art. 41 LA establece que « 1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido.

b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.

d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley.

e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

f) Que el laudo es contrario al orden público.

2. Los motivos contenidos en los párrafos b), e) y f) del apartado anterior podrán ser apreciados por el Tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida.

3. En los casos previstos en los párrafos c) y e) del apartado 1, la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás.

4. La acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla».

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 solo si uno de los estipulantes es un consumidor, la normativa dictada para su protección debe prevalecer sobre las previsiones de la LA.

En este sentido se impone recordar de un lado que 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 (RJ 20020430), 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)».

Y de otro, conviene subrayar que con el fin de «facilitar el establecimiento de un mercado único» y de garantizar, en este marco, «una protección más eficaz del consumidor» (considerandos sexto, octavo y décimo), el Consejo de la Unión Europea aprobó la Directiva

93/13/CEE el 5 de abril de 1993. A tenor del art. 2 «A efectos de la presente Directiva se entenderá por: [...] b) consumidor: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional; c) profesional: toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada». El artículo 3, apartado 1 señala que: «Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato». El artículo 4, apartado 1, dispone lo siguiente: «Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa»; el artículo 6, apartado 1, prevé lo siguiente: «..Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional [Œ]». A su vez, el artículo 7 establece lo siguiente: «1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. 2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas. [Œ]». Por último, es necesario recordar que la Directiva lleva adjunto un anexo que contiene una lista indicativa de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas. El punto 1 de dicho Anexo menciona las «cláusulas que tengan por objeto o por efecto: [Œ] suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante».

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 núm. 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios («B.O.E.» núm. 176, de 24 de julio) -en adelante LGDCU-. A tenor del artículo 10 , bajo la rúbrica «Requisitos de las cláusulas aplicadas a la oferta o promoción de productos o servicios en relación a los intereses económicos y sociales de los consumidores» se dispone que «1. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberán hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Entrega, salvo renuncia expresa del interesado, de recibo justificante, copia o

documento acreditativo de la operación, o en su caso, de presupuesto debidamente explicado.

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

2. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor.

3. Si las cláusulas tienen el carácter de condiciones generales, conforme a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, quedarán también sometidas a las prescripciones de ésta.

4. Los convenios arbitrales establecidos en la contratación a que se refiere este artículo serán eficaces si, además de reunir los requisitos que para su validez exigen las leyes, resultan claros y explícitos. La negativa del consumidor o usuario a someterse a un sistema arbitral distinto del previsto en el artículo 31 de esta Ley no podrá impedir por sí misma la celebración del contrato principal..».

Por su parte, el art. 31, apdos. 1 a 3 LGDCU 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 (RCL 1978, 2836).

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..»

La adaptación íntegra del Derecho nacional a lo dispuesto en la Directiva se realizó a través de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación («B .O. E.» núm. 89, de 14 de abril). El art. 8 establece 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 LGDCU. La Ley 7/1998 completó además la LGDCU añadiéndole, en particular, en virtud de la DA 1.3 , el artículo 10 bis, con el siguiente tenor: «1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente Ley.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato.

El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

2. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil . A estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato.

3. Las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables, cualquiera que sea la ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, en los términos previstos en el artículo 5 del Convenio de Roma de 1980 (RCL 1993, 2205 y 2400), sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales»; y una disposición adicional, que recoge en esencia la lista de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, aneja a la Directiva, precisando que ésta no tiene carácter exhaustivo. Con arreglo a los puntos 26 y 27 de esta disposición adicional, se considera que «A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes: [...]26. 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. 27. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquel en que se encuentre el bien si fuera inmueble, así como los de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor a la elección del fedatario competente según la ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato».

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, don Alberto Baquera Zambrana, quien suscribió el contrato con la empresa ejecutante «Wireless Phone, S.L.» en su propio nombre (condición 2.3). 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 telefonía móvil para particulares».

En el apdo. 3, bajo la rúbrica «mecanismos de solución de conflictos» se reconoce a las partes que ante cualquier conflicto o controversia la facultad de acudir a la jurisdicción, a las Juntas Arbitrales de Consumo siempre que se trate de un consumidor, o a la AEADE, «..que administrará el arbitraje conforme al Convenio Arbitral que figura al reverso y a la Ley 36/88, de 5 de diciembre [sic]..».

Del convenio arbitral de méritos interesa destacar que «Las partes acuerdan someter todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultantes de la ejecución o interpretación del presente contrato al arbitraje de equidad, aceptando expresamente el siguiente Convenio Arbitral: 1.- Designación de Árbitro. Las partes acuerdan aceptar como Árbitro el que fuera designado al efecto por la ASOCIACION EUROPEA DE ARBITRAJE DE DERECHO Y EQUIDAD, en anagrama "AEADE", rigiendo, salvo las especialidades contenidas en el presente Convenio Arbitral y en cuanto a la administración del arbitraje, las normas establecidas en su Reglamento y que las partes declaran expresamente conocer y aceptar.

2.- El arbitraje será de equidad y se celebrará en idioma español y en el domicilio designado por AEADE.

3.- El procedimiento arbitral se ajustará a los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad de las partes, pudiendo actuar por sí mismas o valerse de defensor o representante.

4.- A todos los efectos de notificaciones, las partes designan como domicilio los que figuran en el encabezamiento de este contrato. Las notificaciones podrán efectuarse mediante cualquier medio establecido en el artículo 8.º del Reglamento de AEADE . La notificación se considerará recibida por el destinatario el día en que se hubiera entregado o puesto a disposición del mismo dicha notificación, en el domicilio o dirección indicada en el contrato o Convenio Arbitral.

[...]

6.- Como excepción a lo establecido en el Reglamento de AEADE, esta Institución no podrá solicitar provisión de fondos a las partes. Se exceptúan las provisiones de fondos correspondientes a los costes estimados de las pruebas y gastos y honorarios de notario, árbitro y notificaciones, que serán abonados por el solicitante de las mismas.

7.- Surgida la controversia, cualquiera de las partes se dirigirá por escrito a AEADE solicitando el arbitraje. AEADE, dentro de los diez días siguientes, comunicará a las partes el Árbitro designado, así como su aceptación. Si una de las partes hubiera formalizado el contrato en su propio nombre y derecho y/o en nombre y representación de terceros, las notificaciones se enviarán a ambos, conviniendo en este caso las partes que la responsabilidad, si la hubiere, fuera solidaria. Igualmente responderá personalmente el representante de una entidad jurídica si no tuviera poder suficiente para formalizar el presente Convenio de Arbitraje.

8.- El Árbitro designado, dentro de los siete días siguientes a su designación, requerirá a las partes para que, dentro del plazo de otros siete días, aleguen por escrito cuanto corresponda a su derecho, proponiendo las pruebas que consideren oportunas.

9.- El Árbitro deberá dictar el Laudo dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera aceptado su designación. El Laudo deberá dictarse por escrito, expresará las circunstancias personales del Árbitro o Árbitros y las de las partes, el lugar en que se dicta, la cuestión sometida a arbitraje, una sucinta relación de las pruebas practicadas y de las alegaciones de las partes y la decisión arbitral. Si la cuestión sometida a arbitraje fuera el incumplimiento contractual de alguna de las partes y la consiguiente petición de indemnización, el Árbitro se pronunciará respecto al incumplimiento y resolución, en su caso, de la relación contractual, cuantificando la indemnización que estimare procedente. Igualmente el Árbitro se pronunciará libremente en el Laudo sobre las costas del arbitraje que, con carácter general, las abonará la parte que incumple el contrato o que vea desestimadas sus pretensiones.

10.- El Laudo es eficaz desde la notificación a las partes, encomendando expresamente las partes a AEADE la ejecución del mismo. El Laudo, aunque fuera objeto de recurso, podrá ser ejecutado provisionalmente por AEADE. La ejecución del laudo se efectuará mediante Abogado y Procurador aunque la intervención de los mismos no sea preceptiva. Los honorarios de Abogado y Procurador devengados en la ejecución del laudo serán abonados por la parte ejecutada de acuerdo con las normas orientadoras de los Ilustres Colegios de

Abogados y Procuradores de la provincia donde se ejecute el procedimiento.

11.- CLÁUSULA DE PROTECCIÓN DE DATOS. En virtud de lo dispuesto en la Ley Orgánica N.º 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los firmantes de Convenios de Promoción Arbitral, Convenios Arbitrales o Cláusulas Arbitrales, autorizan a AEADE a incorporar sus datos personales a sus ficheros, con la finalidad de asegurar el control y registro de las operaciones a su nombre, así como facilitar la información de otros nuevos servicios o productos. Se hace extensible dicha autorización a la comunicación respecto de tales datos a las entidades con las que AEADE hubiera concertado un convenio de promoción arbitral, con la finalidad de que los firmantes puedan obtener información de aquéllas y de sus productos o servicios que pudieran ser de su interés. Para cualquier función relativa al tratamiento de sus datos personales, los firmantes de cualquier documento con la Asociación, podrán ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición, mediante solicitud dirigida al responsable del fichero al domicilio de AEADE, C/ Conde de Aranda, 5-3.º Drcha.-28001 Madrid, o aquél que en su caso le sustituya y se recoja en la Agencia de Protección de Datos.

12.- Las partes reconocen haber recibido un ejemplar del Reglamento de AEADE».

El convenio arbitral que parcialmente se ha transcrito 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 SSTS de 11 de diciembre de 1999 (RJ 1999018) o de 6 de febrero de 2003 (RJ 200350), en la que se ha declarado que «Según resulta tanto del artículo 6.2 de la Ley de Arbitraje de 1988 (RCL 1988430 y RCL 1989, 1783) como del artículo 2.2 del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de junio de 1958 (RCL 1977575), 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 [RJ 1999284], 13-7-01 [RJ 2001222] y 18-3-02 [RJ 2002847]) 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 [RJ 2001978])».

Sentado que nos hallamos ante un consumidor 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 art. 10 bis de la LGDCU , 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 Art. 31 de la LGDCU 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. Y ello por cuanto, 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. En tercer lugar 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. Dichos gastos 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 art. 394 LEC 1/2000 .

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.

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.

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.

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. En la S. de 27 de junio de 2000 (C 240/98 a C 244/98, Rec. p. I 4941), «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 [Œ] 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 Sentencia de 21 de noviembre de 2002 (C 473/00 , Rec. p. I 10875), «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 [Œ] 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 LA 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

(arts. 22 y 41 de la LA).

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 (C 126/97 , Rec. p. I 3055), 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 (C 126/97 , Rec. p. I 3055), apartado 35].

Nótese que, al igual que la mayor parte de las legislaciones nacionales y de los instrumentos internacionales en la materia, la LA incluye entre los casos en los cuales puede anularse un laudo el hecho de que éste sea contrario a las normas de orden público (art. 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» [SS. de 29 de junio de 1994 , Fiskano/Comisión (C 135/92, Rec. p . I 2885), apartado 39, y de 24 de octubre de 1996, Comisión/Lisrestal y otros (C 32/95 P, Rec. p. I 5373), 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 (C 7/98 , Rec. p. I 1935), apartado 38].

Como quiera que, de acuerdo con cuanto llevamos razonado, las SSTJUE de 27 de junio de 2000 y 21 de noviembre de 2002 reconocen a los jueces la facultad de examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula o convención para la consecución de los objetivos perseguidos por el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE , cual es la de impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva, cuanto para lograr el resultado 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.

Esta facultad no se hace depender de un concreto procedimiento y se ha de entender extensivo a todos aquéllos casos en que tenga intervención la jurisdicción, que en el caso de los arbitrajes son, o bien en procedimiento de anulación, o bien el proceso de ejecución.

Al aplicar las disposiciones de Derecho nacional anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional debe interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz del tenor literal y de la finalidad de la normativa comunitaria. 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.En consecuencia, no puede accederse al despacho de la ejecución de un título de ejecución que debe reputarse jurídicamente inexistente al dimanar de un convenio arbitral viciado de nulidad absoluta, radical, ipso iure e insubsanable, al menos por las dos siguientes razones que compendian las ya expuestas: a) hallarse incluida como condicionado general de un contrato y no haberse negociado individualizadamente; y, b) comportar de facto la sumisión de un consumidor a un arbitraje distinto del de consumo y perjudicar los intereses del consumidor y el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, dificultando sobremanera sus posibilidades de efectiva defensa.

Esta conclusión se ve confirmada, por una parte, por la sentencia Krombach, en la cual el Tribunal de Justicia hubo de interpretar el artículo 27, número 1, del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Se trataba de tres cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del artículo 27, número 1, de dicho Convenio (DO 1972, L 299, p. 32; texto consolidado en DO 1998, C 27, p. 1), en su versión modificada por el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (DO L 304, p. 1, y -texto modificado- p. 77; texto en español en DO 1989, L 285, p. 41) y por el Convenio de 25 de octubre de 1982 relativo a la adhesión de la República Helénica (DO L 388, p. 1; texto en español en DO 1989, L 285, p. 54)].

Dicha disposición permitía a los tribunales de un Estado contratante (denominado Estado requerido) denegar el reconocimiento de una sentencia dictada en otro Estado contratante (denominado Estado de origen) si éste era «contrario al orden público». Partiendo precisamente de la constatación de la posición primordial de que goza en el ordenamiento

comunitario el respeto del derecho de defensa, el Tribunal de Justicia admitió que se recurriera a la cláusula de «orden público» contenida en el citado Convenio debido a que en aquel caso las garantías establecidas por el Estado de origen «no [bastaban] para proteger al demandado de una violación manifiesta de su derecho a defenderse» (apdo. 44).

Por otra parte, se ve confirmada por la más reciente STJ de 26 de octubre de 2006, C-168/05, Elisa María Mostaza Claro y Centro Móvil Milenium, S.L., que con ocasión de una cuestión prejudicial planteada por la AP de Madrid ha declarado que:

«.. 24 Según jurisprudencia reiterada, a falta de normativa comunitaria en la materia, la determinación de la regulación procesal destinada a garantizar la salvaguarda de los derechos que el Derecho comunitario genera en favor de los justiciables corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, a condición, sin embargo, de que esta regulación no sea menos favorable que la aplicable a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad) (véanse, en particular, las sentencias de 16 de mayo de 2000, Preston y otros, C 78/98, Rec. p . I 3201, apartado 31 , y de 19 de septiembre de 2006 , Arcor, C 392/04 y C 422/04 , aún no publicada en la Recopilación, apartado 57).

25 El sistema de protección establecido por la Directiva 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, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (sentencia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C 240/98 a C 244/98, Rec. p. I 4941, apartado 25).

26 Esta situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato (sentencia Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, antes citada, apartado 27).

27 A la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha considerado 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 (sentencias Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, antes citada, apartado 28 , y de 21 de noviembre de 2002 , Cofidis, C 473/00 , Rec. p. I 10875, apartado 32).

28 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 (sentencias, antes citadas, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, apartado 26, y Cofidis, apartado 33).

29 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 (sentencia Cofidis, antes citada, apartado 34).

30 En estas circunstancias, el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva que, como se ha recordado en el apartado 27 de la presente sentencia, exige a los Estados miembros establecer que los consumidores no queden vinculados por las cláusulas abusivas, no podría alcanzarse si el órgano jurisdiccional que conoce de un recurso de anulación dirigido contra un laudo arbitral no estuviera facultado para apreciar la nulidad de dicho laudo, debido únicamente a que el consumidor no ha invocado la nulidad del convenio arbitral en el marco del procedimiento de arbitraje.

31 De ese modo, tal omisión por parte del consumidor no podría, en ningún caso, quedar compensada mediante la acción de sujetos que son terceros en relación con el contrato. En definitiva, resultaría menoscabado el sistema de protección especial establecido por la Directiva.

32 La normativa española ha evolucionado precisamente en este sentido. En efecto, aunque no sea aplicable al litigio principal, no carece de interés señalar que la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE nº 309, de 26 de diciembre de 2003), ya no exige que la oposición al arbitraje basada, en particular, en la nulidad del convenio arbitral se formule simultáneamente a la presentación por las partes de sus respectivas pretensiones iniciales.

33 Móvil y el Gobierno alemán alegan que, si se permitiera al órgano jurisdiccional apreciar la nulidad de un convenio arbitral en los casos en los que el consumidor no ha propuesto dicha excepción en el procedimiento de arbitraje, quedaría gravemente menoscabada la eficacia de los laudos arbitrales.

34 Esta alegación se basa en la consideración de que las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que sólo pueda obtenerse la anulación de un laudo en casos excepcionales (sentencia de 1 de junio de 1999, Eco Swiss, C 126/97 , Rec. p. I 3055, apartado 35).

35 No obstante, el Tribunal de Justicia ya ha declarado 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 de las normas comunitarias de este tipo (véase, en este sentido, la sentencia Eco Swiss, antes citada, apartado 37).

36 La importancia de la protección de los consumidores ha conducido en particular al legislador comunitario a establecer, en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional «no vincularán al consumidor». Se trata de una disposición imperativa que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas.

37 Por otra parte, la Directiva, que tiene por objeto fortalecer la protección de los consumidores, constituye, conforme al artículo 3 CE , apartado 1, letra t), una disposición indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta (véase, por analogía, en relación con el artículo 81 CE , la sentencia Eco Swiss, antes citada, apartado 36).

38 Además, la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores justifican que el juez nacional deba apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional.

39 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión planteada que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que implica que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación..».

Finalmente, la orientación que aquí se preconiza aparece corroborada por la reciente Ley 44/2006, de 29 de diciembre («B.O.E.» núm. 312, de 30 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 arts. 10, 10 bis y 31 de la LGDCU . A este último precepto se ha adicionado un nuevo apdo. 4 según el cual «4. 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».

En atención a lo expuesto, se declara expresamente el cambio de criterio seguido hasta el presente en los casos en que, como aquí acontece, quepa reconocer en el ejecutado el carácter de consumidor, sin perjuicio de lo que proceda resolver en aquellos otros en que dicha circunstancia no conste o, por el contrario, el contrato y el convenio arbitral aparezcan celebrados libre y espontáneamente entre empresarios.

De conformidad con lo prescrito en el art. 398 LEC han de imponerse a la parte ejecutante vencida las costas procesales ocasionadas en esta alzada.

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

III.- PARTE DISPOSITIVA

En méritos de lo expuesto, LA SALA HA DECIDIDO: Con DESESTIMACIÓN del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil "GENNER SPAIN, S.L." frente al Auto dictado en fecha 7 de Noviembre de 2006 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 43 de los de Madrid en los autos de proceso de ejecución seguidos ante dicho órgano con el núm. 1168/06, PROCEDE:

1.º CONFIRMAR si bien por razonamientos parcialmente distintos la expresada resolución;

2.º IMPONER a la parte recurrente vencida la condena al pago de las costas procesales ocasionadas.

Notifíquese esta resolución a la parte ejecutante en forma legal.

Así por este Auto, del que se unirá certificación literal y autenticada al Rollo de Sala para su notificación y cumplimiento, lo acordamos, mandamos y firmamos.