# CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
# SRA. VERICA TRSTENJAK
# de 14 de mayo de 2009 [1]

## I. Introducción

1. En el presente procedimiento de decisión prejudicial, el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Bilbao (en lo sucesivo, «tribunal remitente») plantea al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial relativa a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. [2]

2. En concreto, se trata de averiguar si del objetivo de protección de los consumidores que persigue la Directiva se desprende que el tribunal nacional que conoce de una demanda de ejecución forzosa puede apreciar de oficio la nulidad del convenio arbitral y, en consecuencia, anular el laudo por estimar que dicho convenio contiene una cláusula arbitral abusiva en perjuicio del consumidor.

1 — Lengua original: alemán.
2 — DO L 95, p. 29.

## II. Marco normativo

### A. *Derecho comunitario*

3. El artículo 3, apartado 1, de la Directiva establece lo siguiente:

«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.»

4. El artículo 6, apartado 1, de la misma Directiva dispone:

«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 y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.»

5. El artículo 7, apartado 1, de la Directiva establece lo siguiente:

«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.»

6. El anexo de la Directiva contiene una lista indicativa de las cláusulas que pueden ser declaradas abusivas. Entre ellas, el nº 1, letra q), menciona las cláusulas que tengan por objeto o por efecto «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 corresponde a otra parte contratante».

B. *Normativa nacional*

7. En Derecho español se protege a los consumidores frente a las cláusulas abusivas, en primer lugar, a través de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 26/1984, de 10 de julio (en lo sucesivo, «Ley 26/1984»).

8. La Ley 26/1984 fue modificada mediante la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de abril (BOE nº 89 de 14 de abril de 1998; en lo sucesivo, «Ley 7/1998»), que adaptó el Derecho interno a la Directiva.

9. Mediante la Ley 7/1998 se insertó en la Ley 26/1984, entre otros, el artículo 10 *bis,* cuyo apartado 1 dispone:

«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.

[…]»

10. El artículo 8 de la Ley 7/1998 establece:

«1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 *bis* y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.»

11. En la fecha de autos, el procedimiento arbitral se regulaba en la Ley 60/2003 de Arbitraje, de 23 de diciembre (BOE nº 309, de 26 de diciembre de 2003; en lo sucesivo, «Ley 60/2003»).

12. El artículo 8, apartados 4 y 5, de la Ley 60/2003 dispone lo siguiente:

«4. Para la ejecución forzosa del laudo será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil […]

5. Para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Audiencia Provincial del lugar donde aquél se hubiere dictado.»

13. El artículo 22 de la Ley 60/2003 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.

[…]»

14. El artículo 40 de la Ley 60/2003 establece:

«Contra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título.»

15. El artículo 41, apartado 1, de la Ley 60/2003 contiene las siguientes disposiciones:

«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.

[…]

f) Que el laudo es contrario al orden público».

16. El artículo 43 de la Ley 60/2003 establece:

«El laudo firme produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes.»

17. Conforme al artículo 44 de la Ley 60/2003, la ejecución forzosa de los laudos se rige por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el título VIII de la Ley 60/2003.

18. Conforme al artículo 517, apartado 2, nº 2, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero de 2000; en lo sucesivo, «Ley 1/2000») tendrán aparejada ejecución los laudos o resoluciones arbitrales.

19. El artículo 556, apartado 1, de la Ley 1/2000 confiere al ejecutado el derecho a oponerse a la ejecución dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despache ejecución.

20. El artículo 559, apartado 1, de la Ley 1/2000 enumera algunos defectos procesales que puede oponer el ejecutado.

**III. Hechos, procedimiento principal y cuestión prejudicial**

21. El 24 de mayo de 2004 Dª María Cristina Rodríguez Nogueira (en lo sucesivo, «ejecutada») celebró con Asturcom Telecomunicaciones, S.L. (en lo sucesivo, «Asturcom»), un contrato de abono de telefonía móvil para particulares. Este contrato contenía una cláusula arbitral, en virtud de la cual se sometían al arbitraje de la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (en lo sucesivo, «AEDAE») todos los litigios derivados del contrato.

22. En el contrato, la ejecutada se obligaba, en particular, a mantener la línea en servicio durante un plazo de dieciocho meses a partir de la fecha efectiva del alta del servicio y un consumo mínimo de 6 euros por línea. Al mismo tiempo se obligaba a no modificar las condiciones pactadas con el operador, a pagar las facturas y a no dar de baja otras líneas contratadas con el mismo operador. Asimismo se acordó que si el cliente incumplía el contrato, abonaría al suministrador la cantidad de 300 euros por línea contratada, que se concretaría en su caso mediante el procedimiento oportuno.

23. Puesto que la ejecutada no abonó algunas facturas y rescindió el contrato antes de que expirara su período mínimo de vigencia, Asturcom presentó el 16 de febrero de 2005 ante la sede bilbaína de AEADE una demanda de arbitraje contra ella por incumplimiento de contrato.

24. Mediante laudo arbitral de 14 de abril de 2005 se condenó a la ejecutada a pagar un total de 669,69 euros. Al no interponer ésta ninguna acción de anulación, el laudo es firme.

25. El 29 de octubre de 2007 Asturcom presentó una demanda ejecutiva contra la Sra. Rodríguez Nogueira mediante la que solicitaba que se despachara la ejecución por importe de la cantidad antes citada y otros 300 euros en concepto de intereses y costas.

26. En su auto de remisión, el tribunal remitente expone, en primer lugar, los motivos por los que considera abusiva la cláusula arbitral contenida en el contrato. A este respecto señala, en particular, que la Asociación encargada del arbitraje es la que elabora los contratos de telefonía, que en el convenio arbitral no se especifica la ciudad sede del arbitraje o la posibilidad de elección de entre varias ciudades y que los costes de traslado al lugar del arbitraje son mayores que la cantidad reclamada.

27. Al mismo tiempo, el tribunal remitente aclara que la ley española reguladora del arbitraje ni obliga ni posibilita a los árbitros a examinar de oficio la cláusula arbitral y declarar la nulidad de aquéllas que sean nulas o abusivas.

28. El tribunal remitente expone sus dudas sobre la compatibilidad de las disposiciones procesales con el Derecho comunitario. Por ese motivo, ha suspendido el procedimiento para plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«Si la protección a los consumidores de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, puede implicar que el Tribunal que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme, dictado sin la comparecencia del consumidor, aprecie de oficio la nulidad del convenio arbitral y en consecuencia anule el laudo por estimar que dicho convenio contiene una cláusula arbitral abusiva en perjuicio del consumidor.»

## IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

29. El auto de remisión, fechado el 29 de enero de 2008, se recibió en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 5 de febrero de 2008.

30. Asturcom, los Gobiernos del Reino de España y de la República de Hungría y la Comisión han presentado observaciones escritas, dentro del plazo señalado en el

artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia.

31. Al no haberse instado la celebración de una vista, tras la reunión general de 10 de febrero de 2009 el asunto quedó listo para la preparación de estas conclusiones.

## V. Principales alegaciones formuladas

32. *Asturcom* propone responder negativamente a la cuestión planteada por el tribunal remitente. Recuerda que, aunque la normativa española no conceda expresamente dicha facultad al juez nacional, éste está facultado, conforme a la sentencia Mostaza Claro, [3] para examinar de oficio la nulidad de un convenio arbitral cuando conozca de una acción de anulación del laudo. De ello deduce que el ordenamiento jurídico nacional cumple los requisitos que el Derecho comunitario impone en materia de protección de los consumidores frente a cláusulas abusivas.

33. Asturcom señala, además, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional equipara los laudos arbitrales a las resoluciones judiciales, por lo que, cuando un laudo arbitral, como sucede en el presente asunto, no es impugnado en el plazo de dos meses a partir de su notificación, éste adquiere firmeza, al igual que las sentencias inimpugnables y ejecutorias. Por consiguiente, un tribunal competente para ejecutar un laudo firme no puede comprobar *ab initio* y de oficio si la cláusula arbitral es válida o nula y, por tanto, negar la ejecución forzosa, como ha aclarado, por lo demás, la Audiencia Provincial de Madrid en su jurisprudencia.

34. Tal interpretación no sólo permite atenerse al principio de seguridad jurídica que se manifiesta en la firmeza de la resolución, sino que concuerda con la citada sentencia Mostaza Claro, que faculta a los tribunales nacionales para declarar la nulidad de una cláusula arbitral abusiva únicamente cuando conozcan de un recurso de anulación contra un laudo arbitral que aún no sea firme.

35. En cambio, los *Gobiernos húngaro y español* proponen al Tribunal de Justicia que reconozca a los tribunales nacionales que conozcan de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme la facultad de examinar de oficio la nulidad de la cláusula arbitral. Formulan alegaciones esencialmente idénticas, sobre todo en lo que se refiere a la posibilidad de aplicar analógicamente los principios desarrollados por la jurisprudencia.

3 — Sentencia de 26 de octubre de 2006 (C-168/05, Rec. p. I-10421).

36. El *Gobierno húngaro* alega, en particular, que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que los motivos de interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores justifican precisamente que el juez nacional aprecie de oficio el carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado con los consumidores, sobre todo en un asunto como el del procedimiento principal.

37. El *Gobierno español* comparte, en esencia, esta conclusión, añadiendo algunas explicaciones sobre la normativa procesal española.

38. Así, indica que no existe incompatibilidad entre el ordenamiento nacional español y el ordenamiento comunitario en materia de protección de consumidores antes las cláusulas abusivas. Conforme a las disposiciones españolas aplicables, la validez de una cláusula arbitral, como cuestión de orden público, ha de ser examinada, no sólo por el juez que conozca del asunto, sino también, por el juez al que se solicita la ejecución del laudo, con independencia de que la parte perjudicada por dicha cláusula haya o no comparecido ante la entidad arbitral o ante el juzgado encargado de la ejecución del laudo y, en su caso, haya formulado o no oposición.

39. Según afirma el Gobierno español, en España varias sentencias, entre ellas una sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de mayo de 2005, han reconocido a los tribunales la facultad de controlar los laudos cuya ejecución deban ordenar, especialmente por motivos de orden público, aunque ninguna de las partes hayan invocado ese extremo.

40. Por consiguiente, considera que tanto la correcta aplicación de la protección de los consumidores como una interpretación amplia del concepto de orden público deben permitir que el tribunal encargado de la ejecución aprecie de oficio la validez de la cláusula arbitral y declare la nulidad del laudo arbitral cuando entienda que el convenio arbitral contiene una cláusula abusiva.

41. La *Comisión* llama la atención, en primer lugar, sobre determinadas diferencias entre los hechos que han dado lugar al presente asunto y los del asunto Mostaza Claro, que radican en que, en primer lugar, el consumidor en el presente asunto mostró una actitud pasiva y, en segundo lugar, la cuestión del carácter abusivo de la cláusula arbitral no se planteó en el marco de un recurso de anulación contra el laudo, sino en el del procedimiento de ejecución forzosa de dicho laudo. La Comisión reconoce, además, que las competencias de control del juez encargado de la ejecución son, en principio, más limitadas que las del juez que conoce del recurso de anulación.

42. No obstante, la Comisión entiende que la importancia de los objetivos perseguidos por la Directiva exige que, excepcionalmente, el juez que conozca de una demanda de ejecución forzosa aprecie de oficio el carácter abusivo de una cláusula arbitral y, en su caso, la declare nula. Cuando, como sucede en el caso de autos, el consumidor no ha recurrido judicialmente el laudo de arbitraje, el juez que conoce de la demanda de ejecución forzosa del laudo es la única instancia independiente y sin un interés propio en el mantenimiento de la cláusula arbitral que tiene la oportunidad de examinar dicha cláusula, por lo que está predestinado para examinar la validez de dicha cláusula.

43. Por último, la Comisión se manifiesta sobre la cuestión, planteada por el tribunal remitente, de si el juez nacional no sólo puede, sino que además debe apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula arbitral. Del apartado 38 y del fallo de la sentencia Mostaza Claro deduce que existe una obligación de llevar a cabo tal examen de oficio.

## VI. Apreciación jurídica

### A. *Observaciones previas*

44. Conforme a la definición contenida en el artículo 3 de la Directiva 93/13, por cláusulas abusivas se entiende las cláusulas redactadas de antemano y de manera unilateral por la parte económicamente más fuerte y que obliga a la otra parte, sin que ésta haya podido influir en su contenido. El carácter abusivo de una cláusula radica esencialmente, conforme al artículo 3, apartado 1, en que, 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. [4]

45. Los problemas que plantean las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores ya eran conocidos mucho antes de la entrada en vigor de la Directiva 93/143. En una sociedad de servicios y consumo en crecimiento como la europea, el uso de contratos de adhesión, cuyas cláusulas no son negociadas individualmente por las partes, ha ido extendiéndose inexorablemente. El riesgo del uso de tales condiciones de contratación por adhesión radica en que quien las redacta no tiene o tiene insuficientemente en cuenta los intereses de la otra parte contratante. [5]

4 — Kohles, S., *Das Recht der vorformulierten Vertragsbedingungen in Spanien — Die Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen,* Fráncfort 2004, p. 56.

5 — Baier, K., *Europäische Verbraucherverträge und missbräuchliche Klauseln — Die Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in Deutschland, Italien, England und Frankreich,* Hamburgo 2004, p. 2.

46. La Directiva se adoptó para remediar esta situación, en concreto a través de una armonización parcial de las disposiciones nacionales en materia de protección de los consumidores. [6] Su objetivo consiste en garantizar un nivel mínimo de protección uniforme en los Estados miembros de la Comunidad frente a las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con los consumidores. El núcleo central de esta Directiva es el régimen contenido en el artículo 6, apartado 1, conforme al cual, los Estados miembros han de establecer que «no vincularán al consumidor» las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor. Por otra parte, el artículo 7, apartado 1, establece que los Estados miembros han de velar 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».

47. Los artículos 6 y 7 de la Directiva constituyen, desde el punto de vista de la dogmática jurídica, disposiciones coercitivas del Derecho derivado para proteger a los consumidores, que tienen como consecuencia una limitación de la libertad contractual como reflejo más importante de la autonomía privada. [7]

B. *Competencia de los tribunales nacionales para examinar las cláusulas abusivas con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*

48. En las sentencias Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, [8] Cofidis [9] y Mostaza Claro, [10] el Tribunal de Justicia ha interpretado dichas disposiciones y les ha atribuido una relevancia que permite a los tribunales nacionales proceder de forma eficiente, en el ejercicio de sus funciones, contra dichas cláusulas abusivas. El presente asunto debe analizarse a la luz de dichas sentencias. Por ese motivo a

6 — Al igual que las Directivas 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (DO L 37, p. 31; EE 15/06, p. 131), 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DO L 144, p. 19), y 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DO L 171, p. 12), el concepto de base de la Directiva 93/13 es el de armonización de mínimos. Este concepto se abandonó definitivamente en la Propuesta de la Comisión, de 8 de octubre de 2008, de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores, COM(2008) 614 final, que consolida estas cuatro Directivas en un único instrumento jurídico horizontal. El proyecto de Directiva se basa actualmente en el concepto de armonización completa, con la consecuencia de que los Estados miembros no pueden mantener o adoptar ninguna disposición que difiera de lo dispuesto en la Directiva. El objetivo de esta propuesta es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior de negocios entre profesionales y consumidores y garantizar un elevado nivel uniforme de protección de los consumidores a través de la armonización completa de los aspectos esenciales de la normativa sobre protección de los consumidores relevantes para el mercado interior.

7 — Respecto a la restricción de la libertad contractual por actos jurídicos de la Comunidad, véase Basedow, J., «Die Europäische Union zwischen Marktfreiheit und Überregulierung — Das Schicksal der Vertragsfreiheit», *Sonderdruck aus Bitburger Gespräche Jahrbuch 2008/I,* Múnich 2009. En opinión del autor, el Derecho comunitario derivado tiene naturaleza predominantemente coercitiva cuando se trata de contratos privados. La mayoría de sus disposiciones limitan la libertad contractual; sólo unas pocas mencionan expresamente la libertad de las partes para regular contractualmente determinado aspecto. La doctrina contempla la libertad contractual como el reflejo más importante de la autonomía de las partes y, consiguientemente, como garantía de los derechos individuales. Respecto a la autonomía de las partes, véase, en la doctrina comparatística alemana, Larenz, K., Wolf, M., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts,* 9ª ed., Múnich 2004, apartado 2; en Derecho austriaco, Koziol, H., Welser, R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Tomo I: Allgemeiner Teil — Sachenrecht — Familienrecht,* 11ª ed., Viena 2000, p. 84; en Derecho francés, Aubert, J.-L., Savaux, É., *Les obligations. 1. Acte juridique,* 12ª ed., París 2006, p. 72, apartado. 99, y en Derecho español, Díez-Picazo, L./Gullón, A., *Sistema de derecho civil,* Tomo I, 10ª ed., Madrid 2002, pp. 369 y 370. Éstos aclaran que la autonomía de las partes encuentra sus límites jurídicos en las normas coercitivas y en la normativa sobre orden público.

8 — Sentencia de 27 de junio de 2000 (C-240/98 a C-244/98, Rec. p. I-4941).

9 — Sentencia de 21 de noviembre de 2002 (C-473/00, Rec. p. I-10875).

10 — Citada en la nota 3.

continuación se examinará en qué medida las similitudes de los asuntos que dieron lugar a las citadas sentencias permiten extrapolar los principios desarrollados en ellas al presente asunto.

49. En primer lugar procede recordar los principios jurisprudenciales a la luz de los cuales deberá examinarse, a continuación, el presente asunto.

50. El punto de partida de la consideraciones realizadas por el Tribunal de Justicia al interpretar los artículos 6 y 7 de la Directiva fue la constatación de que «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». [11] El Tribunal de Justicia dedujo de esta circunstancia que «esta situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato». [12]

51. Además, 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 para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva, en concreto, impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva. También consideró esta facultad idónea 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 que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. [13] Además, el Tribunal de Justicia declaró que la facultad de examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula era necesaria para proteger eficazmente al consumidor, habida cuenta de que existe un riesgo no desdeñable de que, debido, entre otras cosas, a la ignorancia, el consumidor no invoque el carácter abusivo de la cláusula que se esgrime en su contra.

52. De cuanto antecede el Tribunal de Justicia dedujo, en la sentencia Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, [14] que la protección que la Directiva otorga a los consumidores 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.

11 — Sentencias Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, citada en la nota 8, apartado 25, y Mostaza Claro, citada en la nota 3, apartado 25.

12 — Sentencias Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, citada en la nota 8, apartado 27, y Mostaza Claro, citada en la nota 3, apartado 26.

13 — Sentencias Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, citada en la nota 8, apartado 28; Cofidis, citada en la nota 9, apartado 32, y Mostaza Claro, citada en la nota 3, apartado 27.

14 — Citada en la nota 8, apartado 29.

53. En la sentencia Cofidis, [15] el Tribunal de Justicia precisó su jurisprudencia afirmando que la facultad de un tribunal nacional de examinar de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula inserta en dicho contrato no se puede hacer depender de la observancia de un plazo de preclusión.

54. Por último, en la sentencia Mostaza Claro, [16] el Tribunal de Justicia declaró 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.

55. El Tribunal de Justicia fundamentó su decisión en la consideración de que el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva 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. [17] 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 opinión del Tribunal de Justicia, en definitiva, resultaría menoscabado el sistema de protección especial establecido por la Directiva. [18]

### C. *Análisis de la cuestión prejudicial*

#### 1. Sobre la competencia del tribunal de para examinar la cláusula

56. Al igual que sucedía en el asunto Mostaza Claro, el presente asunto tiene por objeto una cláusula arbitral que el tribunal remitente considera abusiva. [19] De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que corresponde al juez nacional determinar si una cláusula reúne los criterios exigidos para poder ser calificada de abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13. [20] Desde el punto de vista del tribunal remitente la cláusula arbitral controvertida es todo un obstáculo para la defensa y el ejercicio de las acciones o excepciones de la Sra. Rodríguez Nogueira, lo que permite incluirla en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 3, de la Directiva en relación con la letra q) del anexo.

15 — Citada en la nota 9, apartado 38.
16 — Citada en la nota 3, apartado 39.
17 — *Ibid.* apartado 30.
18 — *Ibid.* apartado 31.
19 — Véase el tercer considerando del auto de remisión.
20 — Véanse las sentencias de 1 de abril de 2004, Freiburger Kommunalbauten (C-237/02, Rec. p. I-3403), apartado 22, y Mostaza Claro, citada en la nota 3, apartado 23.

57. Sin embargo, el asunto principal se distingue del asunto Mostaza Claro en que la Sra. Rodríguez Nogueira no compareció ante el tribunal arbitral ni interpuso ninguna acción de anulación del laudo arbitral. Por tanto, a diferencia de lo que ocurría en el asunto Mostaza Claro, en el presente asunto se suscita la cuestión de si el juez nacional puede declarar el carácter arbitrario de una cláusula en el marco de un procedimiento de ejecución forzosa. Otra diferencia radica en el hecho de que, en el asunto Mostaza Claro, el consumidor afectado invocó expresamente el carácter abusivo de la cláusula arbitral controvertida, mientras que en el presente asunto el tribunal remitente pregunta si el carácter abusivo de tal cláusula debe ser examinado también de oficio al resolver sobre una demanda de ejecución forzosa.

58. Todos cuantos han presentado observaciones, a excepción de Asturcom, mantienen la tesis de que el tribunal nacional también ha de estar facultado en el marco de un procedimiento de ejecución forzosa para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula arbitral y para declararla nula. Comparto este criterio.

59. En mi opinión, esta interpretación es la que mejor se compadece con el objetivo de protección de los consumidores que persigue la Directiva 93/13. También concuerda con el tenor del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, que exige expresamente de los Estados miembros, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, «medios adecuados y eficaces» para que cese el uso de cláusulas abusivas. A este respecto, reviste especial relevancia a la hora de analizar la cuestión prejudicial el requisito de eficacia de las medidas nacionales de adaptación en el que el legislador hace hincapié. Por último, coincide con la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que exige que, al adaptar el Derecho interno a una directiva, los Estados miembros garanticen de manera eficaz los derechos que la Directiva confiere a los particulares. [21]

60. La autonomía institucional y de procedimiento de los Estados miembros, conocida como «autonomía procesal» tampoco se opone a dicha interpretación. Al contrario: de la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia se desprende que, ante la inexistencia de una normativa comunitaria en esta materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables. [22]

21 — Véanse las sentencias de 22 de junio de 1989, Fratelli Constanzo (103/88, Rec. p. 1839), apartados 29 y ss, y de 25 de julio de 1991, Emmott (C-208/90, Rec. p. I-4269), apartados 20 y ss. En ese mismo sentido véase también Schroeder, W., *EUV/EGV — Kommentar,* ed. Rudolf Streinz, art. 249, apartado 96, p. 2183. Respecto a la obligación de los Estados miembros de garantizar el efecto útil *(effet utile)* de las directivas a adaptar a ellas su Derecho nacional, véase la sentencia de 8 de abril de 1976, Royer (48/75, Rec, p. 497).

22 — En este sentido, véanse las sentencias de 16 de diciembre de 1976, Rewe (33/76, Rec. p. 1989), apartado 5, y Comet (45/76, Rec. p. 2043), apartado 13; de 14 de diciembre de 1995, Peterbroeck (C-312/93, Rec. p. I-4599), apartado 12, y las sentencias de 20 de septiembre de 2001, Courage y Crehan (C-453/99, Rec. p. I-6297), apartado 29; de 11 de septiembre de 2003, Safalero (C-13/01, Rec. p. I-8679), apartado 49; de 13 de marzo de 2007, Unibet (C-432/05, Rec. p. I-2271), apartado 39; de 7 de junio de 2007, Van der Weerd y otros (C-222/05 a C-225/05, Rec. p. I-4233), apartado 28, y de 12 de febrero de 2008, Kempter (C-2/06, Rec. p. I-411); apartado 57.

61. A este respecto ha de tenerse en cuenta que, conforme a una jurisprudencia reiterada, el principio de tutela judicial efectiva forma parte de los principios generales del Derecho que resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y también ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y reiterado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000. [23] [24] A ello hay que añadir que, conforme a jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, el respecto del derecho de defensa debe garantizarse «en todo procedimiento incoado contra una persona y que pueda terminar en un acto que le sea lesivo», [25] es decir, también en procedimientos arbitrales. [26]

62. Es preciso reconocer que, en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, el procedimiento de ejecución forzosa no tiene por objeto el examen material, sino exclusivamente la ejecución forzosa de un laudo arbitral. La posibilidad del ejecutado de formular objeciones jurídico materiales contra el título cuya ejecución se solicita también está limitada por regla general, conforme a la normativa nacional en la material, y se supedita exclusivamente al cumplimiento de determinados requisitos. [27] Sin embargo, considero apropiado reconocer a los tribunales nacionales la correspondiente facultad de examen también en el marco de los procedimientos de ejecución forzosa si se quiere alcanzar el objetivo de protección de los consumidores perseguido por la Directiva 93/13. [28]

63. Lo contrario daría lugar a que el carácter abusivo de una cláusula contractual produjera efectos y ello, en definitiva, indiscutiblemente en perjuicio del consumidor. De esta forma se crearía una situación jurídica que el legislador comunitario deseaba evitar a toda costa, habida cuenta de la especial tutela de que

23 — DO C 364, p. 1.

24 — Sentencias de 15 de mayo de 1986, Johnston (222/84, Rec. p.1651), apartados 18 y 19; de 15 de octubre de 1987, Heylens y otros (222/86, Rec. p. 4097), apartado 14; de 27 de noviembre de 2001, Comisión/Austria (C-424/99, Rec. p. I-9285), apartado 45; de 25 de julio de 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Consejo (C-50/00 P, Rec. p. I-6677), apartado 39, y de 19 de junio de 2003, Eribrand (C-467/01, Rec. p. I-6471), apartado 61.

25 — Véanse las sentencias 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.

26 — Véase el punto 59 de las conclusiones del Abogado General Tizzano, de 27 de abril del 2006 en el asunto Mostaza Claro (sentencia citada en la nota 3).

27 — El tribunal de ejecución se atendrá, por lo general, al título ejecutivo y no examinará él mismo si existe un derecho ejecutable, puesto que este extremo debe ser apreciado por el tribunal de instancia (véase Béguin, J./Ortscheidt, J./Seraglini, C., «La convention d'arbitrage», *La Semaine juridique — Édition Générale,* junio 2007, nº 26, p. 17). Dependiendo del ordenamiento jurídico pueden existir excepciones en el caso de cumplimiento y de moratoria, si el ejecutado puede acreditarlas documentalmente. El ejecutado dispone, en principio, de recursos mediante los cuales puede invocar vicios procesales cometidos por el tribunal de ejecución. En algunos ordenamientos jurídicos dispone de recursos mediante los que puede formular objeciones materiales contra la ejecución forzosa (véase Schellhammer, K., *Zivilprozess,* 10ª ed., Heidelberg 2003, pp. 109 y 110, apartados 219 y 223; Lackmann, R., *Zwangsvollstreckungsrecht mit Grundzügen des Insolvenzrechts,* 6ª ed. Múnich 2003, p. 80, apartado 210).

28 — En este sentido, véase también Jordans, R., «Anmerkung zu EuGH Rs. C-168/05 — Elisa Maria Mostaza Claro gegen Centro Móvil Milenium SL», *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht,* 2007, p. 50. Aunque, en principio, las alegaciones que ya se puedan formular en el procedimiento arbitral hayan precluido en el procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, el autor opina que cabe imaginar excepciones en el caso de que concurra una infracción del orden público.

considera dignos los intereses económicos de los consumidores.

64. Precisamente el presente asunto muestra, de forma especialmente palmaria, que no sería compatible con la Directiva que el tribunal de ejecución no dispusiera de la correspondiente facultad de control. En efecto, en ese caso, para quedar indemne de las consecuencias negativas de una cláusula contractual nula, el consumidor estaría absolutamente obligado a defenderse de la cláusula controvertida antes del procedimiento de ejecución, o sea, en el procedimiento precedente. Es decir, la Sra. Rodríguez Nogueira, parte ejecutada en el procedimiento principal, debería haber comparecido en el procedimiento arbitral, de cuya legalidad precisamente duda el tribunal remitente. En otras palabras: el Derecho nacional exigiría del consumidor que compareciera en un procedimiento nulo para poder solicitar que se declare nulo el contrato. Este resultado es inaceptable y muestra que el tribunal de ejecución ha de disponer de la correspondiente facultad de examen.

65. Aparte de todo ello, para alcanzar el objetivo de la Directiva, se requiere, como ha declarado el Tribunal de Justicia, que la situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional pueda compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. [29] Según la información proporcionada por el tribunal remitente, la ley española reguladora del arbitraje ni obliga ni posibilita a los árbitros a examinar de oficio la cláusula arbitral y declarar la nulidad de aquellas que sean nulas o abusivas. [30]

66. Pero incluso en el supuesto de que los tribunales arbitrales estuvieran obligados o facultados para ello, existirían serias dudas de que un tribunal arbitral pudiera ser considerado siempre independiente y neutral, habida cuenta de que, en determinadas circunstancias, el árbitro puede tener interés personal en el mantenimiento de una cláusula arbitral en la que basa su competencia. La Comisión ha llamado acertadamente la atención sobre este extremo. [31] Así sucede, por ejemplo, en un caso como el del procedimiento principal, en el que el convenio arbitral ha sido redactado por la misma entidad encargada del procedimiento arbitral. Por consiguiente, el examen de la nulidad de una cláusula arbitral nula no puede quedar exclusivamente en manos del árbitro. Al contrario, hay que encomendar esta tarea a un juez que ofrezca todas las garantías de independencia judicial propias de un Estado de Derecho.

67. Sin embargo, cuando el afectado no ejerce ninguna acción de nulidad del laudo arbitral y consiguientemente, éste adquiere firmeza, circunstancia que no cabe excluir, habida cuenta precisamente de la frecuente falta de experiencia comercial de los consumidores, [32] el tribunal que conozca de la demanda de

29 — Véase el punto 50 de estas conclusiones.

30 — Véase el cuarto considerando del auto de remisión.

31 — Véase el apartado 37 del escrito de observaciones de la Comisión. Picó i Junoy, J., «El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales», *Diario La Ley*, año XXVI, nº 6198, señala asimismo el riesgo de la parcialidad del tribunal arbitral. El autor considera que, excepcionalmente, ello puede constituir un motivo de desestimación de la demanda de ejecución forzosa, siempre y cuando existan indicios de parcialidad.

32 — Véase el punto 51 de estas conclusiones.

ejecución forzosa será, por lo general, la única y última instancia en condiciones de apreciar la legalidad de una cláusula contractual. [33] Consiguientemente, el ordenamiento jurídico comunitario debe reconocer a dicho tribunal, precisamente por su posición única, la correspondiente facultad de apreciación. Los Estados miembros deberán entonces garantizar que el tribunal que conozca de la demanda ejecutiva disponga de las facultades procesales necesarias para denegar la ejecución, previa anulación del laudo arbitral.

68. Una razón para desestimar la demanda de ejecución forzosa puede desprenderse, en principio, de motivos relacionados con la protección del orden público de un Estado miembro. En Derecho Internacional Público se puede encontrar una norma paralela en el artículo 5, apartado 2, letra a), de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras [34] y en el artículo 29, apartado 2, del Convenio Europeo por el que se establece una Ley Uniforme en Materia de Arbitraje, firmado en 1966 en el marco del Consejo de Europa. [35] Algunos Estados miembros de la Unión Europea cuentan en sus ordenamientos jurídicos con disposiciones similares. [36]

69. El Derecho positivo español no confiere expresamente al juez encargado de la ejecución la facultad de examinar de oficio la validez de una cláusula arbitral. Así lo indica el tribunal remitente en su auto. Por tanto, las facultades de control de los tribunales españoles encargados de ordenar la ejecución también están limitadas, al igual que sucede en la mayor parte de los Estados miembros de la Comunidad, y tiene por objeto principal la observancia de las formalidades del procedimiento de ejecución forzosa. Sin embargo, hay que señalar que, en años pasados, varios tribunales españoles que conocían de la ejecución de laudos arbitrales desestimaron

33 — En este sentido se pronuncia Picó i Junoy, J., *loc. cit.* en la nota 31.

34 — Se puede consultar en la página Internet de la Comisón de las Nacionales Unidas para el derecho mercantil internacional (United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL) http://www.uncitral.org. En su artículo 5, apartado 2, letra a), la Convención establece lo siguiente: «También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba: […] b) que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país». Picó i Junoy, J. *(loc. cit.* en la nota 31), opina que el Derecho español ha de ser interpretado a la luz de esta disposición del Derecho Internacional Público. Por consiguiente, el tribunal nacional debe desestimar la demanda de ejecución forzosa previa anulación del laudo arbitral.

35 — Se puede consultar en la página Internet del Consejo de Europa. El Convenio establece, en el artículo 29, lo siguiente: «(1) An arbitral award may be enforced only when it can no longer be contested before arbitrators and when an enforcement formula has been apposed to it by the competent authority on the application of the interested party. (2) The competent authority shall refuse the application if the award or its enforcement is contrary to *ordre public* or if the dispute was not capable of settlement by arbitration».

36 — En Alemania, las normas pertinentes se encuentran en la Zivilprozessordnung (Ley de Procedimiento civil; en lo sucesivo, «ZPO»). Conforme al artículo 1.060, apartado 1, de la ZPO se procederá a la ejecución forzosa cuando se haya declarado el carácter ejecutorio del laudo. El artículo 1.060, apartado 2, de la ZPO establece que la solicitud de *exequatur* deberá desestimarse, previa anulación del laudo arbitral, si concurre alguno de los motivos de anulación previstos en el artículo 1.059, apartado 2. El artículo 1.059, apartado 2, nº 2, letra b), de la ZPO contempla un motivo especial de anulación. Conforme a esta disposición podrá anularse el laudo arbitral cuando el tribunal compruebe que su reconocimiento o ejecución produce un resultado contrario al orden público. Los motivos de nulidad contemplados en el artículo 1.059, apartado 2, nº 2, de la ZPO también han de ser tenidos en cuenta de oficio en el procedimiento de declaración del carácter ejecutorio (Senat, BGHZ 142, 204, 206), incluso aunque hayan expirado los plazos de interposición del recurso de nulidad (artículo 1.059, apartado 3, de la ZPO). En Bélgica, el artículo 1.710, apartado 1, del Code Judiciaire establece que el presidente del tribunal de primera instancia sólo puede ordenar la ejecución forzosa de un laudo arbitral a instancias de la parte interesada. El artículo 1.710, apartado 3, establece que el presidente desestimará dicha pretensión, entre otros motivos, cuando el laudo infrinja el orden público.

demandas de ejecución forzosa debido a que los laudos controvertidos eran contrarios al orden público. [37] En España, gran parte de la jurisprudencia [38] y de la doctrina [39] parecen compartir este criterio. Una nueva línea jurisprudencial llega en lo esencial a la misma conclusión, que señala el requisito de protección de consumidores como fundamento de la correspondiente competencia de control del juez de ejecución. [40] Al margen de todo ello, la situación jurídica en España no parece clara habida cuenta de la inexistencia de jurisprudencia clara de los tribunales superiores.

70. Considero conveniente que el ordenamiento jurídico comunitario haga suyo un principio general de Derecho, reconocido tanto en Derecho Internacional Público como en los ordenamientos jurídicos de algunos Estados miembros de la Unión Europea, que prohíbe la ejecución de un laudo arbitral contrario al orden público, habida cuenta de que, en la sentencia Mostaza Claro, el Tribunal de Justicia declaró de manera implícita que las disposiciones de protección de consumidores de la Directiva 93/13 podían formar parte del orden público. [41] De ello dedujo el Tribunal de Justicia que está justificado anular un laudo arbitral que infrinja dichas disposiciones.

71. Como indicó el Tribunal de Justicia en dicha sentencia, la disposición imperativa contenida en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, conforme a la cual las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional «no vincularán al consumidor» justifica 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. [42] Por otra parte, la Directiva, que tiene por objeto fortalecer la protección de los consumidores, constituye, conforme al artículo 3 CE, apar-

37 — Véanse, por ejemplo, los autos de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14), de 28 de julio de 2005 (rec. n 302/2005) y de 29 de julio de 2005 (rec. nº 155/2005).

38 — Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2007 (sentencia nº 8/2007). En ella, el Tribunal Supremo declara que la competencia conferida al juez de ejecución le permiten apreciar si está en juego o no la primacía del Derecho comunitario o si debe prevalecer una causa de resolución del contrato previa a la apreciada por el laudo, así como cualesquiera otras de orden público. Sin embargo, el Tribunal Supremo no cita ninguna disposición para fundamentar su criterio.

39 — Véase Picó i Junoy, J., *loc. cit.* en la nota 31 y Lorca Navarrete, A.M., «Los motivos de la denominada acción de anulación contra el laudo arbitral en la vigente ley de arbitraje», *Diario La Ley,* nº 6005.

40 — Véanse los autos de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 21) de 10 de junio de 2008 (rec nº 694/2007), de 19 de junio de 2007 y de 24 de mayo de 2007.

41 — Sentencia Mostaza Claro, citada en la nota 3, apartado 38. Así se entiende también en la doctrina jurídica. Véase Jordans, R., *loc. cit.* en la nota 28, p. 50, que interpreta la sentencia en el sentido de que el Tribunal de Justicia consideró tan grave el carácter abusivo de la cláusula examinada que la calificó de materia de orden público. En opinión de Loos, M., «Case: ECJ — Mostaza Claro», *European Review of Contract Law,* 2007, tomo 4, p. 443, el Tribunal de Justicia reconoció que las disposiciones coercitivas de la Directiva en protección de los consumidores tienen el rango de normas de orden público, como ya lo había hecho anteriormente respecto a disposiciones en materia de competencia. Poissonnier, G./Tricoit, J.-P., «La CJCE confirme sa volonté de voir le juge national mettre en oeuvre le droit communautaire de la consommation», *Petites affiches,* septiembre de 2007, nº 189, p. 15, reconocen que, a diferencia de la Comisión, el Tribunal de Justicia no ha declarado expresamente que las normas comunitarias de protección de los consumidores son normas de orden público. Sin embargo, entienden que las consideraciones realizadas por el Tribunal de Justicia en esa sentencia pueden interpretarse en ese sentido. En opinión de Courbe, P./Brière, C./Dionisi-Peyrusse, A./Jault-Seseke, F./Legros, C., «Clause compromissoire et réglementation des clauses abusives: CJCE, 26 octubre 2006», *Petites affiches,* 2007, nº 152, p. 14, el resultado de dicha jurisprudencia del Tribunal de Justicia es que las normas de protección de consumidores de la Directiva 93/13 han pasado a ser normas de orden público.

42 — Sentencia Mostaza Claro, citada en la nota 3, apartado 38.

tado 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. [43]

72. Soy perfectamente consciente de que la interpretación que propongo de los artículos 6 y 7 de la Directiva podría dar lugar, en último término, a una quiebra de la fuerza de cosa juzgada que confieren los ordenamientos jurídicos de algunos Estados miembros, con lo que se suscita necesariamente la cuestión de cómo puede compaginarse esta interpretación con la jurisprudencia actual del Tribunal de Justicia relativa a la fuerza de cosa juzgada de decisiones y sentencias nacionales contrarias al Derecho comunitario.

73. En su sentencia Kapferer, [44] el Tribunal de Justicia puso de relieve la importancia que tiene, tanto en el ordenamiento jurídico comunitario como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el principio de fuerza de cosa juzgada y confirmó el principio de que, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para dichos recursos. Además, el Tribunal de Justicia, tomando como base la sentencia Eco Swiss, [45] declaró que el principio de cooperación que se deriva del artículo 10 CE no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a no aplicar las normas procesales internas con el fin de examinar de nuevo una resolución judicial firme y anularla, cuando se ponga de manifiesto que vulnera el Derecho comunitario. [46]

74. No obstante, el Tribunal de Justicia ha resuelto la tensión así creada entre seguridad jurídica y protección de los consumidores aclarando implícitamente que el principio de respeto de la fuerza de cosa juzgada está sometido a la reserva de que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad. Al establecer la regulación procesal de los recursos judiciales que hayan de procurar la salvaguarda de los derechos que el efecto directo del Derecho comunitario genera en favor de los justiciables, los Estados miembros deben actuar de modo que dicha regulación no sea menos favorable que la correspondiente a reclamaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no esté articulada de tal manera que haga imposible en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad). [47]

75. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, sobre todo la necesidad de proporcionar a los consumidores una protección efectiva [48] y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, [49] que exige la

43 — *Ibid.*, apartado 37.
44 — Sentencia de 16 de marzo de 2006 (C-234/04, Rec. p. I-2585), apartado 20.
45 — Sentencia de 1 de junio de 1999, Eco Swiss (C-126/97, Rec. p. I-3055), apartados 46 y 47.
46 — Sentencia Kapferer, citada en la nota 44, apartado 20.
47 — Sentencia Kapferer, citada en la nota 44, apartado 22.
48 — Véase el punto 59 de estas conclusiones.
49 — Véase el punto 50 de estas conclusiones.

intervención positiva, ajena a las partes del contrato, estoy convencida de que excepcionalmente puede ser necesario quebrar la fuerza de cosa juzgada.

76. De todo ello se desprende que el tribunal nacional ha de desestimar una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme, dictado sin la comparecencia del consumidor, anulándolo, si estima que el convenio arbitral contiene una cláusula abusiva en perjuicio del consumidor. [50]

2. Obligación del juez de ejecución de examinar el carácter abusivo

77. Aunque, a este respecto, la cuestión prejudicial no resulta clara, el tribunal remitente parece plantear, además, al Tribunal de Justicia la cuestión de si el juez de ejecución no sólo está facultado, sino incluso obligado a examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula arbitral.

78. Sobre este particular es preciso señalar, en primer lugar, que, tanto en la sentencia Océano Grupo Editorial y Salvat Editores [51] como en la sentencia Cofidis, [52] el Tribunal de Justicia se refirió tanto a la «facultad» como a la «posibilidad» del tribunal nacional de examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula. A primera vista, ello también permitiría llegar a la conclusión de que el tribunal nacional puede examinar el carácter abusivo de una cláusula, pero no está obligado a hacerlo. Sin embargo, tal interpretación de las citadas sentencias no tendría en cuenta que todo el razonamiento del Tribunal de Justicia giraba en torno al objetivo de protección del consumidor que persigue la Directiva.

79. El Tribunal de Justicia ha puesto especial interés en insistir en que tal examen judicial tiene efectos disuasorios y, de esta forma, contribuye a que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. En mi opinión,

50 — En este sentido se manifiesta también Azparren Lucas, A., «Intervención judicial en el arbitraje — La apreciación de oficio de cláusulas abusivas y de la nulidad del convenio arbitral», *Diario La Ley*, año XXVIII, nº 6789, que comenta la sentencia Mostaza Claro y opina que la respuesta a la cuestión prejudicial planteada en el presente asunto debe basarse, esencialmente, en los mismos argumentos que se emplearon en el asunto Mostaza Claro. Entiende que, en aquella sentencia, el Tribunal de Justicia se basó en el principio de eficacia, que prohíbe dificultar sobremanera el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho comunitario.

51 — Citada en la nota 8, apartado 25.

52 — Citada en la nota 9, apartados 32, 33 y 35.

el efecto disuasorio perseguido con tal examen resultaría, no obstante, menoscabado si quedara meramente a discreción del juez de ejecución. En cambio, la protección del consumidor quedaría garantizada, tal como ordena el Derecho comunitario, si el tribunal nacional estuviera obligado por ley a proceder a tal examen. [53]

80. Esta tesis parece además constituir el fundamento de la sentencia Mostaza Claro. En ella el Tribunal de Justicia declaró que la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección de los consumidores en el ordenamiento jurídico comunitario 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». [54]

81. Coherentemente, en dicha sentencia el Tribunal de Justicia declaró también 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». Como ya he indicado, el Tribunal de Justicia fundamentó esencialmente su sentencia en el hecho de que las normas comunitarias de protección del consumidor son normas de orden público. [55]

82. Por consiguiente, de las consideraciones precedentes se desprende que el Derecho nacional impone a los tribunales nacionales una obligación de examen.

53 — En este sentido véase también Van Huffel, M., «La condition procédurale des règles de protection des consommateurs: les enseignements des arrêts Océano, Heininger et Cofidis de la Cour de Justice», *Revue européenne de droit de la consommation,* 2003, p. 97, que opina que los objetivos perseguidos por el Tribunal de Justicia sólo pueden alcanzarse si el juez nacional está obligado a examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual.

54 — Sentencia Mostaza Claro, citada en la nota 3, apartados 35 a 38. Véanse las distintas versiones lingüísticas de la sentencia, por ejemplo, la española *(«deba* apreciar de oficio»), la alemana («von Amts wegen … prüfen *muss»),* la francesa *(«soit tenu* d'apprécier d'office»), la inglesa *(«being required* to assess of its own motion»), la italiana *(«sia tenuto* a valutare d'ufficio»), la neerlandesa («ambtshalve *dient* te beoordelen») y la portuguesa *(«deva* apreciar oficiosamente»).

55 — Sentencia Mostaza Claro, citada en la nota 3, apartado 38. La doctrina es de la misma opinión. Véase Jordans, R., *loc. cit.* en la nota 28, y Poissonnier, G./Tricoit, J.-P., *loc. cit.* en la nota 41.

## VII. Conclusión

83. Por todo ello propongo al Tribunal de Justicia que responda al Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Bilbao de la siguiente forma:

«Del objetivo de protección de los consumidores que persigue la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se desprende que el tribunal que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme, dictado sin la comparecencia del consumidor, ha de apreciar de oficio la nulidad del convenio arbitral y en consecuencia anular el laudo si estima que dicho convenio contiene una cláusula arbitral abusiva en perjuicio del consumidor.»