CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. ANTONIO TIZZANO
presentadas el 27 de abril de 2006 [1]

1. Mediante auto de 15 de febrero de 2005, la Audiencia Provincial de Madrid (en lo sucesivo, «Audiencia Provincial») planteó al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, 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 (en lo sucesivo, «Directiva 93/13» o simplemente «Directiva»). [2]

2. En particular, la Audiencia Provincial desea saber si el sistema de protección de los consumidores establecido por la Directiva implica que los jueces nacionales que conocen de la impugnación de un laudo arbitral pueden apreciar de oficio la ilegalidad de una cláusula compromisoria considerada abusiva, aun cuando la excepción correspondiente no se haya formulado en el procedimiento arbitral, sino que haya sido propuesta por primera vez por el consumidor en el escrito en que se formaliza la impugnación.

1 — Lengua original: italiano.

2 — DO L 95, p. 29.

I. Marco jurídico

A. *Derecho comunitario*

La Directiva 93/13

3. 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 aprobó la Directiva 93/13 el 5 de abril de 1993.

4. A tenor del artículo 3, apartado 1:

«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.»

5. 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.»

6. 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 [...].»

7. Por otra parte, 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.

[...]»

8. Por último, es necesario recordar que la Directiva lleva adjunto un anexo que contiene una lista indicativa de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas. Entre éstas, la letra q) del citado anexo incluye 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 corresponder a otra parte contratante».

B. *Derecho nacional*

La normativa española sobre las cláusulas abusivas

9. La adaptación del Derecho interno español a la Directiva 93/13 se realizó mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril (en lo sucesivo, «Ley 7/1998»). [3]

10. El artículo 8, apartado 2, establece lo siguiente:

«[...] 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» (en lo sucesivo, «Ley 26/1984»). [4]

11. Los artículos 10 y 10 *bis* de la Ley 26/1984 definen el concepto de cláusula abusiva. Además, el número 26 de la disposición adicional primera de dicha Ley precisa que se considera abusiva «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».

La normativa española en materia de arbitraje

12. En el momento de los hechos de que se trata, los procedimientos arbitrales estaban regulados por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre (en lo sucesivo, «Ley 36/1988»). [5]

13. A efectos del presente asunto, es necesario recordar, en particular, el artículo 23 de dicha Ley, que dispone lo siguiente:

«1. La oposición al arbitraje por falta de competencia objetiva de los árbitros, inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral deberá formularse en el momento de

3 — Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE nº 89, de 14 de abril de 1998, p. 12304).

4 — Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE nº 176, de 24 de julio de 1984, p. 21686).

5 — Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje (BOE nº 293, de 7 de diciembre de 1988, p. 34605).

presentar las partes sus respectivas alegaciones iniciales.

[...]»

14. Asimismo, procede citar el artículo 45, que establece lo siguiente:

«El laudo solo podrá anularse en los siguientes casos:

1. Cuando el convenio arbitral fuese nulo.

2. Cuando en el nombramiento de los árbitros y en el desarrollo de la actuación arbitral no se hayan observado las formalidades y principios esenciales establecidos en la ley.

3. Cuando el laudo se hubiere dictado fuera de plazo.

4. Cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiesen sido, no pueden ser objeto de arbitraje. [...]

5. Cuando el laudo fuese contrario al orden público.»

II. Hechos y procedimiento

15. El procedimiento principal versa sobre una controversia entre la Sra. Mostaza Claro y la sociedad Centro Móvil Mileniun, S.L. (en lo sucesivo, «Centro Móvil»).

16. El 2 de mayo de 2002, la Sra. Mostaza Claro celebró con Centro Móvil un contrato de telefonía móvil (en lo sucesivo, «contrato») que la obligaba a mantener el abono durante un tiempo mínimo. El contrato contenía una cláusula compromisoria que sometía los eventuales litigios derivados de él a un árbitro designado por la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (en lo sucesivo, «AEADE»).

17. Como consideraba que no se había respetado el plazo mínimo de abono, Centro Móvil inició el procedimiento arbitral ante la

AEADE, la cual concedió a la Sra. Mostaza Claro un plazo de diez días para decidir si rechazaba el arbitraje y para formular alegaciones y proponer pruebas para fundamentar su posición. Dentro del plazo fijado, la Sra. Mostaza Claro expuso diversas alegaciones en su defensa pero no alegó que la cláusula compromisoria fuera nula.

18. El árbitro consideró infundadas dichas alegaciones, por lo que el 22 de septiembre de 2003 dictó un laudo que concedía a Centro Móvil la indemnización de los daños sufridos y el reembolso de las costas soportadas.

19. La Sra. Mostaza Claro recurrió contra el laudo ante la Audiencia Provincial. Ante dicho tribunal, por primera vez, la demandante alegó que la cláusula compromisoria tenía carácter abusivo y, en consecuencia, solicitó la anulación del laudo. Centro Móvil se opuso a esta pretensión, alegando que, con arreglo al artículo 23 de la Ley 36/1988, la nulidad de la citada cláusula debería haberse invocado en el arbitraje y, por tanto, no podía examinarse en el procedimiento en el que se impugnaba el laudo.

20. La Audiencia Provincial determinó que, en virtud de la Ley 26/1984 (artículos 10 y 10 *bis* y disposición adicional primera) y de la Ley 7/1998 (artículo 8), la cláusula compromisoria incluida en el contrato tenía carácter abusivo. Sin embargo, albergaba dudas sobre su propia competencia para apreciar de oficio la nulidad de dicha cláusula, siendo así que ésta no había sido invocada por el consumidor en el procedimiento arbitral.

21. Por este motivo, el citado órgano jurisdiccional planteó al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«Si la protección de los consumidores de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, puede implicar que el Tribunal que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral aprecie la nulidad del convenio arbitral, y anule el laudo por estimar que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva en perjuicio del consumidor, cuando esa cuestión se alega en el recurso de anulación pero no se opuso por el consumidor en el procedimiento arbitral.»

22. En el procedimiento resultante han presentado observaciones escritas Centro Móvil, los Gobiernos español, alemán, húngaro y finlandés y la Comisión.

III. Análisis jurídico

Introducción: sobre el carácter abusivo de la cláusula compromisoria objeto del litigio principal

23. Antes de pronunciarse acerca de la cuestión planteada, las partes que han presentado observaciones escritas han discutido de manera abundante sobre una cuestión previa: si la cláusula compromisoria de que se trata en el procedimiento principal constituye realmente una cláusula abusiva, es decir una «cláusula contractual que no se ha negociado individualmente» y que «pese a las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato» (véase el artículo 3, apartado 1, de la Directiva).

24. Centro Móvil afirma que en el caso de autos se puede excluir la existencia de una cláusula prohibida por la Directiva 93/13 debido a que la Sra. Mostaza Claro celebró el contrato de abono telefónico en el marco de su actividad profesional, por lo que no puede ser considerada un «consumidor». Además, alega que la cláusula de que se trata se negoció individualmente con la demandante y, por consiguiente, no está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 3.

25. En cambio, el Gobierno húngaro sostiene que del auto de remisión no se desprende con claridad si la citada cláusula cumple los requisitos establecidos por la Directiva 93/13. En cualquier caso, añade dicho Gobierno, la Directiva no obliga a los Estados miembros a considerar abusivas todas las cláusulas incluidas en contratos celebrados con consumidores que establezcan medios alternativos de resolución de conflictos reconocidos por la ley.

26. También es distinta la postura del Gobierno finlandés y de la Comisión. A su juicio, la cláusula objeto del litigio principal cumple sin duda alguna los requisitos fijados por el citado artículo 3. En particular, en opinión del Gobierno finlandés, provoca un desequilibrio contractual significativo en detrimento del consumidor, el cual en general no dispone de la competencia jurídica necesaria para valorar las implicaciones resultantes de la inclusión de una cláusula compromisoria en el contrato. Por otra parte, añaden el Gobierno finlandés y la Comisión, dicha cláusula forma parte de las enumeradas a título indicativo en el anexo de la Directiva y en concreto en su letra q), que se refiere a las cláusulas «que tengan por objeto o por efecto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor».

27. Por mi parte, me inclino a compartir la postura de la Comisión y del Gobierno finlandés por lo que respecta al fondo de la cuestión. Pero, por otro lado, me parece más necesario plantearse otra pregunta.

28. Como es sabido, en el marco de la competencia para interpretar el Derecho comunitario reconocida en el artículo 234 CE, el Tribunal de Justicia puede sin duda alguna «interpretar los criterios generales utilizados por el legislador comunitario para definir el concepto de cláusula abusiva». Por el contrario, no puede «pronunciarse sobre la aplicación de estos criterios generales a una cláusula particular», dado que tal aplicación requiere, en virtud del artículo 4 de la Directiva, que se examinen todas las circunstancias «propias del caso concreto» que concurran en la celebración del contrato, que sólo el juez nacional puede conocer directamente. [6]

29. Por tanto, en el reparto de competencias realizado por el Tratado, corresponde al juez nacional, que es el único que tiene un conocimiento directo de dichas circunstancias, «determinar si [la] cláusula [...] controvertida en el litigio principal reúne los criterios exigidos para poder calificarse de abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva». [7]

30. Ni siquiera permite alcanzar una conclusión distinta el asunto Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, [8] en el cual –como ha recordado la Comisión– el Tribunal de Justicia sí realizó tal valoración. En efecto, en la sentencia Freiburger, [9] que es posterior, este Tribunal aclaró que el citado asunto es un caso totalmente excepcional y, por tanto, no constituye un precedente que pueda generalizarse.

31. Según el propio Tribunal, en el asunto Océano Grupo Editorial y Salvat Editores el litigio principal se refería a una cláusula de elección del foro que permitía «al profesional agrupar todos los procedimientos contenciosos correspondientes a su actividad profesional en el Tribunal en cuyo territorio se [encontraba] su domicilio». Por tanto, se trataba de una cláusula «que favorecía exclusivamente al profesional y sin contrapartida alguna para el consumidor», es decir, de una cláusula cuyo carácter abusivo era del todo evidente. Sólo por este motivo pudo el Tribunal de Justicia apreciar su carácter abusivo «sin necesidad de examinar todas las circunstancias propias de la celebración del contrato». [10]

6 — Sentencia de 1 de abril de 2004, Freiburger Kommunalbauten (C-237/02, Rec. p. I-3403), apartado 22. Véanse asimismo las sentencias de 22 de junio de 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer (C-342/97, Rec. p. I-3819), apartado 11, y de 27 de septiembre de 2001, Bacardi (C-253/99, Rec. p. I-6493), apartado 58.

7 — Sentencia Freiburger Kommunalbauten, citada en la nota 6, apartado 25.

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

9 — Sentencia Freiburger Kommunalbauten, citada en la nota 6.

10 — Sentencia Freiburger Kommunalbauten, antes citada, apartado 23.

32. No obstante, en la mayoría de los casos no existe tal evidencia y, en consecuencia, la aplicación concreta de los criterios establecidos por el artículo 3, apartado 1, de la Directiva corresponde al juez nacional.

33. Ahora bien, en el caso de autos el órgano jurisdiccional remitente efectivamente ha valorado el carácter abusivo de la cláusula compromisoria de que se trata. En su auto, la Audiencia Provincial afirmó que, «para nosotros, que el convenio arbitral incluido en el [...] contrato promocional de telefonía móvil suscrito entre la Sra. Mostaza y Centro Móvil Mileniun S.L., está afectado de nulidad por implicar una cláusula abusiva, no ofrece dudas», de acuerdo con las disposiciones que adaptan el Derecho interno a la Directiva 93/13.

34. En esta situación, pienso que el Tribunal de Justicia está obligado a tener en cuenta dicha valoración, tanto más, añado, cuanto que el órgano jurisdiccional remitente no le ha preguntado en modo alguno por la naturaleza de la cláusula, sino sólo por la posibilidad de apreciar de oficio su ilegalidad.

35. Es sabido que, según jurisprudencia reiterada, en el reparto de competencias realizado por el Tratado, corresponde al órgano jurisdiccional nacional decidir cuáles son las cuestiones necesarias para resolver el litigio principal, y el Tribunal de Justicia está en principio obligado a pronunciarse sobre dichas cuestiones. [11]

36. Sólo excepcionalmente, y en la medida en que resulte necesario para dar una respuesta «útil para el órgano jurisdiccional nacional», el Tribunal de Justicia puede modificar las cuestiones y/o examinar cuestiones nuevas. [12] Pero en el caso de autos ninguna de las partes ha alegado que se den tales circunstancias, ni tampoco se desprende de los autos que existan.

37. Por tanto, en definitiva, en el presente asunto procede atenerse a las valoraciones realizadas por el juez nacional, que consideró abusiva la cláusula objeto del litigio principal. Paso a examinar la cuestión planteada a la luz de esta idea.

Sobre la cuestión prejudicial

38. Como ya se ha visto, mediante la única cuestión formulada el órgano jurisdiccional

11 — Sentencias de 29 de noviembre de 1978, Redmond (83/78, Rec. p. 2347); de 8 de noviembre de 1990, Gmurzynska-Bscher (C-231/89, Rec. p. I-4003), apartado 20; de 28 de noviembre de 1991, Durighello/INPS (C-186/90, Rec. p. I-5773), y de 16 de julio de 1992, Meilicke (C-83/91, Rec. p. I-4871), apartado 23.

12 — Véase la sentencia de 1 de abril de 2004, Borgmann (C-1/02, Rec. p. I-3219), apartado 19. Véanse asimismo, entre otras muchas, las sentencias de 20 de marzo de 1986, Tissier (35/85, Rec. p. 1207), apartado 9, y de 11 de diciembre de 1997, Immobiliare SIF (C-42/96, Rec. p. I-7089), apartado 28.

remitente desea saber si el sistema de protección de los consumidores establecido por la Directiva implica que los jueces nacionales que conocen de la impugnación de un laudo arbitral pueden apreciar la nulidad de una cláusula compromisoria considerada abusiva y, en consecuencia, anular el laudo, aun cuando el consumidor no haya propuesto la excepción en el procedimiento arbitral y lo haga por primera vez en el escrito en que se formaliza la impugnación.

39. A este respecto, pienso, al igual que los Gobiernos español, húngaro y finlandés y la Comisión, que a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es posible responder a la cuestión en sentido afirmativo.

40. En efecto, este Tribunal ya ha reconocido que los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la facultad de apreciar de oficio la ilegalidad de las cláusulas abusivas incluidas en contratos cuya ejecución reclaman los profesionales.

41. En la ya citada sentencia Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, [13] 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». [14]

42. Según el Tribunal de Justicia, en un sistema que admite este tipo de intervenciones, «cuesta comprender que [...] el juez que conozca de un litigio relativo a un determinado contrato, en el que se estipule una cláusula abusiva, no pueda impedir la aplicación de esta cláusula por la mera razón de que el consumidor no haya planteado su carácter abusivo». [15] 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.

43. Posteriormente, en la sentencia Cofidis, este Tribunal añadió que procede reconocer a los jueces la facultad de apreciar la ilegalidad de una cláusula abusiva aun

13 — Citada en la nota 8.

14 — Sentencia Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, antes citada, apartados 25 y 27.

15 — Sentencia Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, antes citada, apartado 28.

cuando el consumidor no la haya invocado dentro del plazo establecido por el Derecho nacional. [16]

44. 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 (véase el artículo 6). [17]

45. Según el Tribunal de Justicia, en los procedimientos incoados por profesionales dicho objetivo podría verse perjudicado por el «riesgo no desdeñable de que [el consumidor] ignore sus derechos» o de que «los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos». Para evitar este riesgo, es necesario que la citada facultad se extienda, al menos en el caso de las acciones ejercitadas por profesionales, también «a aquellos supuestos en los que el consumidor [...] no invoque el carácter abusivo» de la cláusula incluida en el contrato dentro de «un plazo de preclusión» fijado por una norma nacional. [18]

46. No obstante, Centro Móvil y el Gobierno alemán alegan que las anteriores consideraciones no pueden trasladarse al caso de autos. A su juicio, en efecto, en este asunto no existe riesgo de menoscabar la protección del consumidor ya que la Sra. Mostaza Claro podía, en virtud de la cláusula compromisoria, rechazar el arbitraje y, con arreglo al artículo 23 de la Ley 36/1988, invocar la nulidad de dicha cláusula en las alegaciones iniciales presentadas ante el árbitro.

47. Sin embargo, debo observar que en el caso de autos, al igual que 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.

48. 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 auto de remisión, la cláusula compromisoria estable-

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

17 — Sentencia Cofidis, antes citada, apartados 32 y 33.

18 — Sentencia Cofidis, antes citada, apartados 33 a 36.

cida por Centro Móvil provocó que los litigios derivados del contrato se sometiesen a un organismo arbitral (la AEADE), que concedió a la Sra. Mostaza Claro un plazo de sólo diez días para decidir si rechazaba el arbitraje y, en caso negativo, para formular alegaciones y proponer pruebas en su defensa.

49. Por tanto, al contrario de lo que sostienen Centro Móvil y el Gobierno alemán, en aquel procedimiento el derecho de defensa del consumidor resultó gravemente limitado.

50. Pero es otra la objeción de fondo que Centro Móvil y el Gobierno alemán oponen a que se aplique al caso de autos la jurisprudencia de las sentencias Océano Grupo Editorial y Salvat Editores y Cofidis. A su juicio, reconocer al juez que conoce de la 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 perjudicaría gravemente a la exigencia de eficacia y seguridad de los arbitrajes. Exigencia que la ley española pretende precisamente salvaguardar cuando impone limitaciones procedimentales a las excepciones relativas a la cláusula compromisoria y cuando reduce la posibilidad de anular el laudo a los supuestos enumerados taxativamente (véanse los artículos 23 y 45 de la Ley 36/1988).

51. Pues bien, no existe duda acerca de que «la eficacia del procedimiento arbitral» es una exigencia que justifica que se limite el «control de los laudos arbitrales». [19] Como han recordado acertadamente Centro Móvil y el Gobierno alemán, esta exigencia da lugar a que en numerosas normativas procesales y en varios instrumentos internacionales [20] se identifiquen un número definido de supuestos en los cuales «pueda obtenerse la anulación de un laudo o la denegación del reconocimiento». [21]

52. Sin embargo, no me parece que en el caso de autos exista riesgo de comprometer esa exigencia. En efecto, al igual que la mayor parte de las legislaciones nacionales y de los instrumentos internacionales en la materia, [22] la normativa española incluye entre los casos en los cuales puede anularse un laudo el hecho de que éste sea contrario a las normas de orden público (véase el artículo 45, número 5, de la Ley 36/1988), con independencia de que alguna de las partes lo alegue.

53. Por otra parte, el propio Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Eco Swiss que «en la medida en que un órgano jurisdiccio-

19 — Sentencia de 1 de junio de 1999, Eco Swiss (C-126/97, Rec. p. I-3055), apartado 35.

20 — Véanse el 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.

21 — Sentencia Eco Swiss, antes citada, apartado 35.

22 — Véanse el artículo 5, apartado 2, letra b), del citado Convenio de Nueva York y el artículo 34, apartado 2, letra b), de la referida Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional.

nal 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. [23]

54. 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». [24]

55. Sobre la base de este precedente y habida cuenta de la importancia que ha adquirido en el ordenamiento comunitario la protección de los consumidores, la Comisión estima que las disposiciones de la Directiva 93/13 también pueden considerarse normas de orden público. En efecto, a su juicio, se trata 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 en los procedimientos de impugnación de laudos, aun cuando –como en el caso de autos– no se haya invocado su infracción en los procedimientos arbitrales.

56. No quiero excluir en principio que este razonamiento sea correcto. Sin embargo, temo que pueda oponérsele la objeción de que de esa manera existiría el riesgo de dar un alcance excesivamente amplio a un concepto, el de normas de orden público, que tradicionalmente se refiere sólo a las normas que un ordenamiento jurídico considera de absoluta y primordial importancia.

57. En cualquier caso, no me parece que la vía que propone la Comisión sea la única que permita admitir la posibilidad de apreciar de oficio la nulidad del laudo en el procedimiento en que se impugne éste. Siguiendo las líneas generales de la jurisprudencia comunitaria y los precedentes anteriormente citados, estimo que en el caso de autos debe admitirse tal posibilidad con el fin de garantizar el respeto de un principio fundamental del ordenamiento, concretamente el respeto del derecho de defensa.

58. En efecto, como ya se ha expuesto anteriormente (véanse los puntos 48 y siguientes de las presentes conclusiones), es

23 — Sentencia Eco Swiss, antes citada, apartado 37.

24 — Sentencia Eco Swiss, antes citada, apartado 36.

precisamente ese derecho el que resulta menoscabado de manera grave por la cláusula objeto del presente procedimiento.

59. Pues bien, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, el derecho de defensa debe salvaguardarse «en todo procedimiento incoado contra una persona y que pueda terminar en un acto que le sea lesivo», [25] 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». [26]

60. Por este motivo, cabe afirmar que nos encontramos ante un principio que se encuadra en el concepto de orden público comunitario, tal como lo ha desarrollado el Tribunal de Justicia.

61. Esta conclusión se ve confirmada, por otra 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. [27] 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». [28]

62. Por tanto, a la luz de las consideraciones anteriormente expuestas, estimo que el sistema de protección de los consumidores establecido por la Directiva 93/13 implica que, en un asunto como el caso de autos, un juez nacional que conoce de la impugnación de un laudo arbitral puede apreciar el carácter abusivo de una cláusula compromisoria y declarar la nulidad del laudo por ser contrario al orden público, aun cuando tal vicio no haya sido invocado por el consumidor en el procedimiento arbitral y se alegue por primera vez en el escrito en que se formaliza la impugnación.

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 — Sentencia de 28 de marzo de 2000 (C-7/98, Rec. p. I-1935), apartado 38.

27 — 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).

28 — Sentencia Krombach, antes citada, apartado 44.

IV. Conclusión

63. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, propongo al Tribunal de Justicia que responda lo siguiente a la Audiencia Provincial de Madrid:

«El sistema de protección de los consumidores establecido por la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, implica que, en un asunto como el caso de autos, un juez nacional que conoce de la impugnación de un laudo arbitral puede apreciar el carácter abusivo de una cláusula compromisoria y declarar la nulidad del laudo por ser contrario al orden público, aun cuando tal vicio no haya sido invocado por el consumidor en el procedimiento arbitral y se alegue por primera vez en el escrito en que se formaliza la impugnación.»