



Roj: **AAP M 6807/2019** - ECLI: **ES:APM:2019:6807A**

Id Cendoj: **28079370282019200075**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **21/10/2019**

Nº de Recurso: **3382/2018**

Nº de Resolución: **154/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL CIVIL DE MADRID

Sección Vigésimoctava

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

N.I.G.: 28.079.47.2-2012/0005622

Recurso de Apelación 3382/2018

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 02 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 426/2012

APELANTE: SWOT SL

Procurador. D. Federico Gordo Romero

Letrado: D. Marcelino Tamargo Menéndez

APELADO: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

Procurador. D. Francisco José Abajo Abril

Letrado: D. Rafael Castellano Lasa

AUTO Nº 154/2019

En Madrid, a 21 de octubre de 2019.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don Pedro María Gómez Sánchez, Don José Manuel de Vicente Bobadilla y Don Francisco de Borja Villena Cortés ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 3382/2018 interpuesto contra el Auto de fecha 27 de julio de 2016 dictado en el Procedimiento Ordinario número 426/2012 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid.

Ha sido parte apelante en el presente recurso la SWOT, S.L., representada y defendida por los profesionales más arriba especificados.

Es magistrado ponente Don Pedro María Gómez Sánchez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid se dictó con fecha 27/07/2016 Auto cuya parte dispositiva establece: *"Que estimando la excepción de cosa juzgada como consecuencia del auto Nº 199/11 de fecha 24 de octubre de 2011 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Bilbao, en autos de PO*



1133/2011 , acuerdo el sobreseimiento del presente procedimiento, con condena en costa a la demandante SWOT S.L."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de SWOT, S.L., se interpuso recurso de apelación que, admitido por el Juzgado y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales. Señalándose para deliberación, votación y fallo el día 17 de octubre de 2019.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Por auto de 27 de julio de 2016 el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid acordó el sobreseimiento del proceso entablado por SWOT S.L. contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. por apreciar la concurrencia de cosa juzgada entre el presente litigio y el que fuera concluido por auto firme del Juzgado de 1ª Instancia número 12 de Bilbao (PO 1133/2011) que había estimado la declinatoria formulada por dicha entidad de crédito por entender que la cuestión litigiosa se encontraba sometida a **arbitraje**.

Disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza SWOT S.L. a través del presente recurso de apelación.

SEGUNDO.- En lo que ahora interesa, el Art. 222 de la L.E.C. dispone lo siguiente:

"1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo.

2. La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley.

Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen".

Este precepto tiene su complemento natural en el Art. 400 de la misma ley a cuyo tenor *"1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.*

La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación.

2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste".

No resultando controvertido que son coincidentes las partes contendientes en ambos procesos, veamos si concurren o no los restantes presupuestos exigidos para la apreciación de cosa juzgada.

En la demanda promovida ante el Juzgado de 1ª Instancia número 12 de Bilbao la mercantil SWOT S.L. interesó la declaración de nulidad de una serie de contratos invocando la falta de causa de los mismos o la concurrencia de vicios invalidantes del consentimiento. Lógicamente, la nulidad íntegra de un contrato comporta la de sus cláusulas, pero ello no equivale a afirmar que en tal demanda se hubiera ejercitado una acción tendente a que se declarase, aisladamente y por sus propias causas, la acción de nulidad de la cláusula de sumisión de **arbitraje** contenida en uno de los contratos cuya validez integral se estaba impugnando. Ciertamente es que en la súplica de dicha demanda (folio 337), una vez que se había pedido la declaración de nulidad de todos y cada uno de los contratos que en ella se relacionaban, se utilizó a renglón seguido la indicación *"...incluyendo la cláusula de sumisión a **arbitraje**".* Ahora bien, con independencia de que podamos considerarla completamente superflua, lo cierto es que la inclusión de dicha indicación no autoriza a considerar que allí se ejercitó una acción de nulidad específicamente referida a dicha cláusula cuando de la fundamentación de la demanda se deduce precisamente lo contrario: basta una somera lectura del Fundamento de Derecho Sexto de la misma (folios 333 y ss.), único específicamente referido a la cláusula de sumisión a **arbitraje**, para comprobar que lo único que trató de argumentar la demandante SWOT S.L. era que el ámbito de la sumisión pactada no resultaba coincidente con el objeto de la demanda y que, como consecuencia de ello, la cláusula no resultaba aplicable a la clase de acción que se ejercitaba. En momento alguno se adujeron motivos de nulidad específicamente referidos a dicha cláusula, y ello por más que, ejercitándose acción de nulidad referida a la totalidad del contrato, la cláusula no pudiera seguir suerte distinta que la del propio contrato. A lo único que se aspiraba con



la mención específica de dicha cláusula era a evitar que, mediante su aplicación al caso, quedase el asunto excluido de la jurisdicción.

No sucede lo mismo con la demanda que ahora nos ocupa donde se ejercita una acción de nulidad propiamente dicha de la cláusula de sumisión a **arbitraje**, y ello aduciéndose tanto problemas de incorporación (Art. 7 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación; véase página 20 de la demanda) como la circunstancia de incurrir dicha estipulación en abusividad (páginas 21 y ss.).

No estamos, pues, ante una diferente fundamentación jurídica que pudiera caer bajo la órbita del objeto virtual del primer litigio por aplicación del Art. 400 de la L.E.C., sino ante dos procesos en los que difiere el propio "petitum": la nulidad de varios contratos en el primero y la nulidad de una determinada cláusula en el segundo. En el Art. 400 de la L.E.C. 1/2000 el legislador optó por una solución de compromiso en la tensión existente entre dos intereses contrapuestos: por un lado, la necesidad de evitar la proliferación de pleitos para dirimir cuestiones que razonablemente pudieran ser solventadas en uno solo, y, por otra parte, la conveniencia de no limitar el derecho a la tutela judicial imponiendo al demandante una carga de concentración excesivamente gravosa. Y la opción consistió en dejar a salvo de la preclusión a los "petita", esto es, a lo que, evitando conscientemente todo tecnicismo, fue acotado en el precepto con la expresión "*lo que se pide*". En definitiva, el Art. 400 aparece articulado en torno a la idea central de "*lo que se pide*": si este elemento difiere en los procesos anterior y posterior, no hay efecto preclusivo. Y ya hemos expuesto las razones por las en el presente caso entendemos que es el propio "petitum" el que, con independencia de la "causa petendi", difiere entre ambos procesos.

A mayor abundamiento, hemos de indicar que, habiéndose interpuesto la demanda ante el Juzgado de 1ª Instancia de Bilbao en el año 2011, no le resultaba posible a la actora acumular a la acción de nulidad por ausencia de causa y por consentimiento viciado (fundadas en el Código Civil) las acciones de no incorporación y de nulidad que ahora ejercita (fundadas en la Ley sobre Condiciones Generales de la contratación), dado que una y otra habrían de corresponder al conocimiento de órganos judiciales diferentes (juzgado de 1ª instancia y juzgado de lo mercantil, respectivamente).

Ha de prosperar, pues, el recurso de apelación interpuesto.

TERCERO.- Estimándose el recurso de apelación, no es procedente efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada de conformidad con el número 2 del Art. 398 de la L.E.C.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

- 1.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de SWOT S.L. contra el auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid de 27 de julio de 2016 que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.
- 2.- Revocamos dicha resolución, dejándola sin efecto y debiendo continuar la sustanciación del litigio por sus propios trámites si no concurrieren para ello obstáculos de otra naturaleza.
- 3.- No efectuamos especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas por el presente recurso de apelación.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procédase a la devolución del depósito consignado para recurrir.

Así por este auto, contra el que no cabe interponer recurso alguno, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados integrantes de este Tribunal.