



Roj: **AAP MA 982/2021 - ECLI:ES:APMA:2021:982A**

Id Cendoj: **29067370042021200176**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **4**

Fecha: **06/07/2021**

Nº de Recurso: **289/2021**

Nº de Resolución: **382/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **DOLORES RUIZ JIMENEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA

SECCIÓN 4ª

PRESIDENTE ILMO. SR.

D. JOAQUÍN DELGADO BAENA

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.

D. JAIME NOGUÉS GARCÍA

Dª DOLORES RUIZ JIMÉNEZ

ROLLO DE APELACIÓN Nº 289/2021

JUZGADO DE PROCEDENCIA: PRIMERA INSTANCIA Nº 3 DE FUENGIROLA

PIEZA SEPARADA JURA DE CUENTAS 1758.01/2012

AUTO Nº 382/2021

En la Ciudad de Málaga a seis de julio de dos mil veintiuno.

Visto, por la Sección 4ª de esta Audiencia, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de apelación interpuesto contra el auto dictado en el Juzgado de referencia. Interpone el recurso de apelación D. Alvaro, que en la instancia fuera parte demandante, y comparece en esta alzada representado por la Procuradora Sra. Rosas Navarro y asistido por sí mismo. Es parte apelada SAREB S.A., parte demandada en la instancia, que comparecen en esta alzada representada por el Procurador Sr. Domingo Corpas y asistida por el letrado Sr. Sánchez Sánchez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Fuengirola dictó auto el día 13 de octubre de 2020 en cuya parte dispositiva acordaba:

"ESTIMAR la declinatoria formulada por el procurador Sr. DOMINGO CORPAS, en nombre y representación de SAREB, SA y se declara la falta de jurisdicción de este Juzgado para conocer de la jura de cuentas presentada por sometimiento del asunto a arbitraje, con expresa imposición de las costas a la parte reclamante."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la parte ejecutada y admitido a trámite, el Juzgado realizó los preceptivos traslados y, una vez transcurrido el plazo, se elevaron los autos a esta Sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado de ponencia. La votación y fallo ha tenido lugar el día 29 de junio de 2021.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

Visto, siendo ponente la Ilma. Sra. Dª Dolores Ruiz Jiménez, quien expresa el parecer del Tribunal.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza la representación del ejecutado contra el auto de fecha 13 de octubre de 2020 dictado por el Juzgado de Primera Instancia por el que se la falta de jurisdicción por existir sometimiento pactado de las partes a arbitraje.

Alega la parte recurrente como motivos de apelación:

- 1/ infracción del principio de cosa juzgada de las resoluciones judiciales
- 2/ infracción de los artículos 56 de la LEC y 11.1 de la Ley de Arbitraje.

La parte apelada se opuso al recurso y solicitó la confirmación de la resolución apelada.

SEGUNDO.- Son antecedentes de la cuestión debatida, tal y como con carácter previo expone el propio apelante, la existencia de numerosas juras de cuentas derivadas de otros tantos procesos en que el apelante fue contratado como abogado mediante un contrato marco con la entidad a la que sucede la apelada. Muchas de estas juras de cuentas finalizaron con resolución sobre el fondo sin que la arrendadora del servicio, hoy apelada, hubiese planteado en forma declinatoria por sometimiento a arbitraje, si bien optó, tras esas resoluciones, por plantear la cuestión a dicho arbitraje lo que fue declarado nulo, dado que no cabe intervenir en asuntos en los que, no planteada declinatoria, han sido resueltos judicialmente y, ello, por sentencia del TSJ de Madrid de fecha 28 de febrero de 2020.

Sostiene la apelante que la existencia de dicha resolución dictada por el TSJ de Madrid impide que se ventilen cualesquiera otras juras de cuentas por el sometimiento a arbitraje y que la resolución apelada no ha tenido en cuenta esta circunstancia, conculcando con ello el principio de cosa juzgada. Pero no se ha de perder de vista que la jura de cuentas que ha dado lugar a la declinatoria que ahora se revisa, no fue planteada en un momento anterior a la citada resolución del Tribunal Superior, ni ha permitido una resolución de fondo, dada la estimación de la declinatoria, esto es, nunca antes se había planteado por el Letrado apelante jura de cuentas respecto del procedimiento de ejecución hipotecaria nº 1758/2012 tramitado en el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Fuengirola.

Es reiterada doctrina jurisprudencial sobre el concepto de cosa juzgada que, siendo cosa juzgada formal el efecto de la sentencia que ha ganado firmeza, la cosa juzgada material es el estado jurídico de una cuestión sobre la que ha recaído la sentencia firme (con autoridad de cosa juzgada formal), que tiene la eficacia de vincular al órgano jurisdiccional en otro proceso. La doctrina general sobre la cosa juzgada material la predica de aquellas resoluciones sobre idéntico conflicto aun recaídas en procedimientos de distinta naturaleza (SSTS de 5 de octubre, 23 de noviembre de 1983 y 21 de julio de 1988) y se funda en el principio de seguridad jurídica, que proclama que la vida jurídica no puede soportar una renovación continua del proceso (SSTS de 30 de septiembre de 2000 y 20 de abril de 1988). Exige la llamada triple identidad que en el derogado art. 1.252 del C. c. se establecía, exigiéndose, como pone de manifiesto la STS de 31 de diciembre de 1.998, " *que se den tres identidades clásicas en los elementos personal, real y causal operantes en los dos procesos, con la necesidad esencial que tal triple identidad sea total (S.S. de 18 de abril de 1.959, 21 de julio de 1.988, 3 de abril de 1.990, 1 de octubre de 1.991 y 31 de marzo de 1.992)*", indicando esta última resolución " *que la concurrencia de las referidas identidades ha de apreciarse estableciendo un juicio comparativo entre la sentencia anterior y las pretensiones del ulterior proceso*". La paridad entre los dos litigios ha de inferirse de la relación jurídica controvertida, comparando lo resuelto en el primero con lo pretendido en el segundo, teniendo en cuenta la parte dispositiva de aquél interpretada, si es preciso, por los hechos y fundamentos de derecho que sirvieron de apoyo a la pretensión y a la sentencia (SS de 30-10-65, 9-5-80 y 21-7-88), requiriéndose para apreciar la situación de cosa juzgada una semejanza real que produzca contradicción evidente entre lo que se resolvió y de nuevo se pretende, de manera que no puedan existir en armonía los dos fallos. Por otra parte, de modo reiterado viene proclamando la doctrina jurisprudencial, y de ello se hace eco el núm. 4 del art. 222 de la L.E.C, que la cosa juzgada, en su manifestación material, positiva y prejudicial, alcanza a los concretos puntos o temas litigiosos debatidos y resueltos en anterior proceso respecto del posterior con el que presentan conexión; y así y en este sentido dice la STS de 12 de junio de 2.008: " *el discurso de la parte recurrente soslaya que junto al llamado efecto **negativo** o excluyente de la cosa juzgada material, entendido como aquel efecto de la sentencia firme, vinculante de este modo sobre un pleito ulterior, que pretende evitar un segundo proceso sobre el mismo objeto que se ventiló en el precedente, derivado del principio jurídico "non bis in idem", que no permite que una contienda judicial ya dilucidada por sentencia firme, pueda volver de nuevo a plantearse (Sentencia de 23 de febrero de 2.007 , con cita de las de 20 de septiembre de 1.996 y 19 de junio de 1.998), dimana también de la sentencia firme un efecto positivo o prejudicial, caracterizado, como señala la Sentencia de 1 de diciembre de 1.997 , porque "no puede resolverse en un proceso ulterior un concreto tema o punto litigioso de manera distinta a como ya quedó decidido en un proceso anterior entre las mismas partes, pues lo resuelto por la sentencia firme recaída en el proceso anterior entre las mismas partes, con respecto a dicho tema o punto litigioso, tiene*



efecto vinculante o prejudicial en el segundo proceso entre las mismas partes", con la consecuencia de que la triple identidad (de personas, cosas y causas de pedir) que ha de concurrir según el artículo 1.252 del Código Civil (hoy derogado por la LEC), y más concretamente, la identidad objetiva entre ambos pleitos -no se discute la identidad de personas, que además litigaron en la misma posición jurídica- presenta una dimensión diferente según el efecto de que se trate, ya que, siguiendo la Sentencia de 1 de diciembre de 1.997, por lo que al primero de dichos efectos se refiere (el positivo, vinculante o prejudicial), lo que ha de determinarse u homologarse es "el concreto tema o punto litigioso que ya quedó resuelto en el proceso anterior y el que nuevamente se trae a debate en el segundo proceso, aunque los objetos litigiosos de ambos sean distintos, ya que si fueran exactamente los mismos, el efecto que produciría la cosa juzgada sería el negativo o preclusivo del proceso ulterior y no el positivo, vinculante o prejudicial". En consecuencia, si la identidad objetiva concurre con las otras dos, el efecto que producirá la sentencia firme es el negativo, impidiendo someter nuevamente a juicio el objeto ya resuelto, que si los objetos de ambos pleitos difieren, o no son plenamente coincidentes, ello no es óbice para extender al segundo pleito lo resuelto en el primero respecto a cuestiones o puntos concretos controvertidos que constan como debatidos, aunque sea tan sólo con carácter vinculante y prejudicial, no impidiendo que el órgano judicial del segundo pleito decida sin sujeción en todo lo restante que constituye la litis."

En el supuesto de litis no concurre cosa juzgada, ni con efecto negativo ni con efecto positivo. Cada proceso en que ha intervenido el apelante como abogado contratado por la apelada es un proceso único, distinto y ajeno a otro en el que haya prestado sus mismos servicios. En cada uno de ellos la minuta resultante responde a conceptos sólo creados en cada proceso. Que procedan de un mismo contrato marco, no obliga a una única reclamación, sino que ese contrato marco rige las pautas de cada uno de los servicios prestados. No se olvide que el propio contrato de 1 de julio de 2013 recoge que se trata de una colaboración por la que la apelante llevaría la dirección letrada de los procedimientos judiciales de cualquier naturaleza en los que se viera involucrada la arrendadora.

La sentencia dictada por el TSJ lo recoge claramente cuando expone que "(...) se trata de dilucidar si el seguimiento de un (o varios) procedimiento de jura de cuentas impide promover posteriormente sobre las cantidades reconocidas al abogado, un arbitraje por la parte contraria (...)" haciendo referencia a "discusión arbitral posterior". Y concluye que existe pacto de sometimiento arbitral, si bien el el abogado prefirió acogerse, obviando este pacto, a la jurisdicción ordinaria sin que la sociedad opusiese nada en cuanto que en ninguno de esos casos planteó la declinatoria procedente. Dicha resolución está vedando un posterior sometimiento al arbitraje pactado respecto sólo de las juras de cuentas que ya habían obtenido resolución de fondo dentro del proceso judicial y, ello, porque la contraparte, a quien correspondía oponer la declinatoria, no lo hizo, por lo que no pueden verse obviadas las resoluciones judiciales dictadas por un laudo posterior.

Pero no es ésta la situación del recurso que se resuelve. La jura de cuentas de la ejecución hipotecaria de autos ha sido formulada con posterioridad a dicha resolución, por lo que cabe formular por la demandada la declinatoria pertinente en cuanto que no está afectada por cosa juzgada alguna, de tal forma que este primer motivo de apelación debe ser desestimatorio.

TERCERO.- El segundo de los motivos debe correr la misma suerte. Sostiene el apelante que se han vulnerado los artículos 56 de la LEC y 11.1 de la Ley de Arbitraje.

El art. 56 de la LEC regula la sumisión tácita diciendo que "Se entenderán sometidos tácitamente:

1.º El demandante, por el mero hecho de acudir a los tribunales de una determinada circunscripción interponiendo la demanda o formulando petición o solicitud que haya de presentarse ante el tribunal competente para conocer de la demanda.

2.º El demandado, por el hecho de hacer, después de personado en el juicio tras la interposición de la demanda, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria. También se considerará tácitamente sometido al demandado que, emplazado o citado en forma, no comparezca en juicio o lo haga cuando haya precluido la facultad de proponer la declinatoria."

El artículo 63 recoge en su apartado 1 que "Mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales **extranjeros**, a órganos de otro orden jurisdiccional, a árbitros o a mediadores, excepto en los supuestos en que exista un pacto previo entre un consumidor y un empresario de someterse a un procedimiento de resolución alternativa de litigios de consumo y el consumidor sea el demandante." Y el art. 64 se encarga de regular el momento procesal en que se ha de proponer, diciendo que " La declinatoria se habrá de proponer dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda, y surtirá el efecto de suspender, hasta que sea resuelta, el plazo para contestar y el curso del procedimiento principal, suspensión que declarará el letrado de la Administración de Justicia."



Todo ello viene a reiterarse en el artículo 11.1 de la LA, que dispone que *"El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. El plazo para la proposición de la declinatoria será dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda."*

Y este trámite ha sido cumplido perfectamente por la sociedad apelada. Ha planteado dentro de plazo, y antes de contestar a la demanda, la declinatoria de jurisdicción con referencia al sometimiento a arbitraje pactado por las partes y sin entrar en el fondo discutido más que, en todo caso, y por breves referencias, a meros efectos dialécticos. Siendo una realidad dicho pacto, recogido en la cláusula decimotercera de contrato de 2013 y en la quinta del anexo de 2014, no cabe más que confirmar la resolución atacada por el recurso de apelación, con desestimación de éste.

CUARTO.- Al desestimarse el recurso de apelación, y en aplicación del art. 398 LEC, se han de imponer las costas de esta alzada a la parte apelante.

De conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobada por la Ley Orgánica 1/09 de 3 de noviembre, dese al depósito constituido el destino legal.

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

DISPONEMOS

Que **desestimando** el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Rosas Navarro, en nombre y representación de D. Alvaro , frente al auto de fecha 13 de octubre de 2020 dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Fuengirola en la pieza separada de jura de cuentas de ejecución hipotecaria nº 1758.01/2012, **debemos confirmar y confirmamos** dicha resolución; todo ello, con expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte recurrente.

Dése al depósito constituido en su día para recurrir el destino previsto.

Notificada que sea la presente resolución remítase testimonio de la misma, en unión de los autos principales al juzgado de Instancia, interesando acuse de recibo.

Así por este nuestro auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Doy Fe.

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."