



Roj: **AAP BI 294/2019 - ECLI: ES:APBI:2019:294A**

Id Cendoj: **48020370032019200022**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **3**

Fecha: **07/02/2019**

Nº de Recurso: **498/2018**

Nº de Resolución: **43/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA CARMEN KELLER ECHEVARRIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN TERCERA
BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - HIRUGARREN SEKZIOA

BARROETA ALDAMAR, 10-3ª planta - C.P./PK: 48001

TEL. : 94-4016664 **Fax/ Faxes** : 94-4016992

NIG PV / IZO EAE: 48.01.2-17/002816

NIG CGPJ / IZO BJKN :48027.42.1-2017/0002816

Recurso de apelación / Apelazioko errekurtsua 498/2018

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 4 de Durango - UPAD / Durangoko Lehen Auzialdiko eta Instrukzioko 4 zenbakiko Epaitegia - ZULUP

Autos de Juicio verbal 394/2017 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Rosana

Procurador/a/ Prokuradorea:ZIGOR CAPELASTEGUI CRISTOBAL

Abogado/a / Abokatua: SARA JAUREGUI LLORENS

Recurrido/a / Errekurritua: Armando

Procurador/a / Prokuradorea: ELENA ASTIGARRAGA ALBISTEGUI

Abogado/a/ Abokatua: SALVADOR SOLAS SISON

A U T O N.º 43/2019

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILTMA. SRA. PRESIDENTA: D.ª CONCEPCION MARCO CACHO

MAGISTRADA: D.ª ANA ISABEL GUTIERREZ GEGUNDEZ

MAGISTRADA: D.ª CARMEN KELLER ECHEVARRIA LUGAR: BILBAO (BIZKAIA)

FECHA: siete de Febrero de dos mil diecinueve

Vistos en grado de apelación ante la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial integrada por las Ilustrísimas Señoras Magistradas del margen los presentes autos de Juicio Verbal 394/17 procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Durango y seguidos entre partes: Como apelante: Rosana , representada por el Procurador Sr. Capelastegui Cristobal y dirigida por la Letrada Sra. Jauregui Llorens; y como apelado: Armando , representado por la Procuradora Sra. Astigarraga Albistegui y dirigido por el Letrado Sr. Solas Sison.

SE ACEPTAN y se dan por reproducidos, en lo esencial, los antecedentes de hecho del Auto impugnado, en cuanto se relacionan con el mismo.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El referido Auto de instancia, de fecha 3 de Septiembre de 2018 es del tenor literal siguiente: "**PARTE DISPOSITIVA:** ACUERDO estimar el recurso de reposición interpuesto por la Procuradora D^a. ELENA ASTIGARRAGA, en nombre y representación de D. Armando , contra auto de 7 de febrero de 2018 , y en consecuencia, debo abstenerme de conocer de la demanda interpuesta, en el procedimiento verbal 394/2017, por la representación de D. Rosana frente a D. Armando por falta de jurisdicción y sobreseyendo el presente procedimiento."

SEGUNDO .- Notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de Rosana , se interpuso en tiempo y forma Recurso de Apelación, y dado traslado a la contraparte por un plazo de diez días, transcurrido el mismo se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial; ordenándose a la recepción de los autos, efectuada la formación del presente rollo al que correspondió el número de Registro 498/18 y que se sustanció con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO .- Por providencia de fecha 8 de Enero de 2019 se señaló el día 6 de Febrero de 2019 para deliberación, votación y fallo del presente recurso.

CUARTO .- En la tramitación del presente recurso, se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada DOÑA CARMEN KELLER ECHEVARRIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Como primer motivo del recurso se alega nulidad de actuaciones en virtud de los Autos dictados por el órgano a quo de fecha siete de febrero de dos mil dieciocho y tres de septiembre de dos mil dieciocho , estimando la apelante que en el último de los citados el órgano judicial resuelve de forma totalmente distinta a lo resuelto en el primero de los autos y sin motivación alguna que justifique tal cambio de decisión, lo que estima vulnera el principio de tutela judicial efectiva, art. 24 CE , causando indefensión. En segundo lugar se alega errónea interpretación de la cláusula octava del documento privado de 2/05/2017, incorrecta aplicación del art. 6 de la Ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles, infracción de la Jurisprudencia del TS sobre la renovatio contractus, ya que la escritura pública no recoge sumisión expresa de jurisdicción ni tampoco territorial que sí recogía el contrato privado que se estableció para determinar el pago de una señal y establecer unas cláusulas de penalización en caso de resolución, y por ello la escritura pública se firma cuando aquél ya había desplegado todos sus efectos y por ello no recoge la cláusula octava del contrato privado, a ello se suma que la cláusula octava no recoge una obligación de las partes sino una opción, tanto en su apartado primero como segundo a diferencia del tercero que si prevé que si las herramientas previstas en los párrafos anteriores, mediación (-) no prosperaran las partes se someten voluntariamente los juzgados de Vitoria. Se alega por otro lado que se ha de contar con una mediación ya iniciada y no con una mera cláusula para que las partes se vean compelidas a aquélla lo que no acaece en el caso de autos.

La contraparte se opone al recurso.

SEGUNDO .- Por lo que hace al primero de los motivos, nulidad de actuaciones recordar que conforme a la Doctrina Jurisprudencia la motivación de las resoluciones judiciales constituye manifestación legal del derecho a la tutela judicial efectiva, que proclamado por el *art. 24.1 de la CE* , corresponde a todos los ciudadanos de obtener una respuesta fundada a una pretensión ejercitada, al tiempo que constituye una expresión de la sujeción de los jueces al imperio de la ley en el ejercicio de sus exclusivas funciones jurisdiccionales, como señala el *art. 117.1 y 3 de la CE* .

Esta exigencia de motivación expresamente reseñada en el *art. 120.3 de la Carta Magna* cumple tres funciones fundamentales en un Estado de Derecho, garantizar la aplicación de la ley, por parte de los órganos jurisdiccionales, al margen de cualquier clase de arbitrariedad, comprobando que la resolución judicial que zanja el conflicto responde a una razonada aplicación del ordenamiento jurídico (*art. 9.3 CE*), permitir el control jurisdiccional interno a través del sistema de recursos, y la consideración del ciudadano como centro del sistema merecedor de explicaciones dimanantes de la Administración de Justicia, de manera tal que tenga constancia de las razones por mor de las cuales se estiman o desestiman sus pretensiones.

En definitiva, es el derecho constitucional a obtener una resolución fundada, favorable o adversa, como garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (*STC 26/2009, de 26 de enero*) y que exige que se expresen las razones de hecho y de Derecho que integran el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión (*SSTS 28 de febrero de 2007 y 25 de noviembre de 2010*). Actúa, en definitiva, para permitir el más completo ejercicio del derecho de defensa por parte de los justiciables, quienes sólo así pueden conocer los criterios jurídicos en los que se fundamenta la decisión judicial, al mismo tiempo que opera también como



elemento preventivo de la arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción (STC 314/2005, de 12 de diciembre [RTC 2005, 314], F. 4).

Por su parte, la reciente STS de 14 de febrero de 2011 se refiere a las exigencias positivas y negativas de la motivación en los términos siguientes: "En el plano positivo, la argumentación requiere coherencia formal, suficiencia y adecuación al objeto del proceso y circunstancias del caso; y en perspectiva negativa, es preciso que no concurra un error patente, -que se refiere al error notorio fáctico-, arbitrariedad, que equivale a una carencia de razones que convierten a la decisión en un producto del mero voluntarismo, o irrazonabilidad, que se produce si hay una quiebra de la lógica interna del discurso que conduce a un resultado irracional o absurdo".

La jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional han venido construyendo una consolidada doctrina sobre las exigencias que derivan de tan fundamental principio, consagrado además en los arts. 248.3 LOPJ y art. 218.3 de la LEC , señalando éste último precepto que: "Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón".

Como manifestación de la mentada doctrina podemos destacar los pronunciamientos siguientes:

A) El contenido de la motivación ha de ser el de expresar los criterios esenciales de la decisión, o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi [razón decisoria] (SSTC, entre otras, 119/2003, de 16 de junio ; 75/2005, de 4 de abril ; 60/2008, de 26 de mayo y STS de 17 de marzo de 2011).

B) Se vulnera la exigencia de motivación cuando no hay motivación -carencia total-, o cuando es completamente insuficiente, y también cuando la motivación está desconectada con la realidad de lo actuado o da lugar a un resultado desproporcionado o paradójico (STS de 17 de marzo de 2011).

C) La motivación ha de ser expresión suficiente de la razón causal del fallo al margen de que esta razón satisfaga o no a las partes (SSTC 14/91 , 28/94 , 153/95 y 33/96 y STS 10 de diciembre de 1996 , 8 de octubre de 1997 , 18 de marzo y 15 de noviembre de 2010 y 12 de enero de 2011 entre otras).

D) El juicio de motivación suficiente hay que realizarlo (SSTC, 66/2009 , de 9 de marzo y 114/2009 , de 14 de mayo entre otras) atendiendo no solo al contenido de la resolución judicial considerada en sí misma, sino también dentro del contexto global del proceso, atendiendo al conjunto de actuaciones y decisiones que, precediéndola, han conformado el debate procesal; es decir, valorando las circunstancias concurrentes que singularicen el caso concreto, tanto las que estén presentes, explícita o implícitamente en la resolución recurrida, como las que no estándolo, constan en el proceso (STS 9 de marzo de 2010). En conclusión, la suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, sino que requiere examinar el caso concreto para ver si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito de las resoluciones judiciales (por todas, SSTC 2/1997, de 13 de enero [RTC 1997, 2], F. 3 ; 139/2000, de 29 de mayo [RTC 2000, 139], F. 4). Esta suficiencia hace referencia tanto a los aspectos de orden fáctico como jurídico, y, en una perspectiva concreta, a la apreciación y valoración de la prueba.

E) Desde la perspectiva concreta probatoria, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de junio de 1986, ya señaló que la facultad de los órganos jurisdiccionales de apreciación y valoración de las pruebas comporta que tal apreciación y valoración se lleven efectivamente a cabo; a lo que cabe añadir que no basta con calificar de forma abstracta un hecho como demostrado, sino que es preciso la explicación de las causas determinantes de dicha decisión, pues por constituir la prueba el apoyo de la sentencia no es admisible obviar su análisis (SSTS 30 enero 1986 , 23 septiembre 1997 , 9 febrero 1998 y 12 de diciembre de 2000).

F) No obstante, el Tribunal Supremo ha declarado que no constituye un defecto de naturaleza sustancial que permita anular la sentencia el hecho de no relacionar la actividad probatoria de una manera completa y separada, pues basta que haga referencia a los datos fácticos que considera relevantes para extraer las pertinentes consecuencias jurídicas (SSTS de 31 de enero de 1992 , 9 de octubre de 1992 , 7 de septiembre de 1992 , 18 de octubre de 2006 , 16 de noviembre de 2006 , 28 de diciembre de 2006 , 11 de enero de 2007 , 9 de febrero de 2007 , 21 de febrero de 2007 y 25 de noviembre de 2010).

G) Por consiguiente, el hecho de que no se tomen en consideración determinados elementos de prueba, relevantes a juicio de la parte recurrente, carece de trascendencia en relación con el cumplimiento del requisito de motivación de la sentencia, pues es suficiente para una debida argumentación que el tribunal razone sobre aquellos elementos relevantes a partir de los cuales obtiene sus conclusiones sin necesidad de que se refiera de manera exhaustiva a todos los medios de prueba obrantes en los autos (STS de 8 de julio de 2009).



H) Tampoco se exige razonar concretamente sobre todas y cada una de las alegaciones que las partes hayan podido formular, sino expresar cuál ha sido el camino lógico a través del cual determinados hechos se han tenido por probados y de ellos se han extraído las correspondientes consecuencias jurídicas (STS de 18 de junio de 2010).

I) No se exige, pues, una detallada y exhaustiva argumentación de todos los extremos, sino una fundamentación del fallo cumpliendo la doble finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permitir el eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos (SSTS de 8 de octubre 2009 , 7 de mayo de 2010 , 17 de septiembre de 2010 y 3 de noviembre de 2010).

J) Unamotivación sencilla, sucinta o escueta no deja de ser motivación, sin embargo es exigible que sea clara, precisa, adecuada y suficiente (STS de 12 de diciembre de 2000).

K) No debe confundirse la discrepancia con respecto a los razonamientos de la sentencia, con la falta de expresión de los mismos (STS de 31 de enero de 2007).

L) La falta de motivación suficiente determina la nulidad de actuaciones y reposición de las mismas al momento procesal correspondiente (SSTS de 7 marzo 1992 , 20 octubre y 29 diciembre 1995 , 25 marzo y 13 abril 1996 , 12 mayo y 12 junio 1998 y 10 mayo 1999 , entre otras). Pues bien en el caso de autos el Auto de septiembre de 2018 viene a resolver el recurso de reposición interpuesto contra el Auto por el que se desestimaba la declinatoria alegada, en sentido de estimar dicha declinatoria, y de la lectura de las citadas resoluciones se observa la ratio decidendi de ambas resoluciones, y si bien la motivación puede resultar escueta en ningún momento se puede afirmar que haya causado indefensión a la parte apelante como lo demuestra el hecho de las alegaciones que soportan el presente recurso de apelación, y por lo que hace a la suspensión del procedimiento al ser el auto susceptible de reposición no procedería la misma en tanto en cuanto la resolución no deviniese definitiva por lo que hace a la resolución de la declinatoria, sin que se pueda apreciar la indefensión denunciada.

TERCERO .- En segundo lugar se alega errónea interpretación de la cláusula octava del documento privado de 2/05/2017, incorrecta aplicación del art. 6 de la Ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles, infracción de la Jurisprudencia del TS sobre la renovatio contractus, Comenzando por el recurso interpuesto por la mercantil demandada y el único motivo, que plantea pidiendo la nulidad de actuaciones por falta de jurisdicción al haberse sometido las partes a la resolución de la presente controversia a la Corte de **Arbitraje** de la Cámara Oficial de Comercio, pronto hemos de adelantar la total estimación del mismo.

Con cita entre otras de la sentencia de 18/02/2010 de la A.Pr. de Valladolid el motivo no puede prosperar, por lo que hace a la existencia de una novación por parte de la escritura pública respecto del contrato privado, y es que se trata de un supuesto similar aplicable al caso de autos , a saber: "El Juzgador de instancia por Auto dictado en fecha 30 de julio de 2008 examina y resuelve en sentido desestimatorio la declinatoria de jurisdicción formulada por la parte demandada. Argumenta para ello, en síntesis, que si bien en el contrato de compraventa privado de fecha 15 de Enero de 2004, suscrito entre las partes respecto de la vivienda pendiente de construir, pactaron una sumisión a **arbitraje** en el marco de la Corte de **Arbitraje** de la Cámara Oficial de Comercio para cualquier cuestión relacionada con dicho contrato (cláusula Novena) sin embargo el posterior contrato notarial de compraventa de la vivienda otorgado el 2 de abril de 2007, al no hacer ninguna referencia a la citada sumisión, debe entenderse y calificarse como novación extintiva y estarse en consecuencia a las normas ordinarias sobre la jurisdicción.

No comparte la Sala esta Argumentación judicial. En nuestro ordenamiento jurídico para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles, (artículo 1204 de nuestro C. Civil). Nuestra jurisprudencia repetidamente ha venido estableciendo que la novación extintiva nunca se presume ni puede inferirse de meras deducciones o conjeturas sino que debe constar con toda claridad la voluntad de novar, es decir, la de crear una nueva obligación extinguiendo otra anterior, o, en otro caso, una evidente incompatibilidad entre la obligación antigua y la nueva (SSTS 17-2-1987 ; 6-11- 1998 ; 20-11-2000 ; 23-3-2001 ; 14-2-2005 , entre otras muchas). Y nada de esto ocurre en el caso que nos ocupa. No hay mas que leer el contenido del contrato privado de compraventa y de la escritura pública notarial otorgada posteriormente, para ver que no hay ninguna incompatibilidad entre uno y otro. No se trata de dos contratos distintos de compraventa, sino de un único contrato que en un primer momento fue suscrito de forma privada y posteriormente elevado a escritura pública. El otorgamiento de esta escritura pública, en modo alguno supuso una novación extintiva del contrato privado anterior, cual erróneamente entiende el Juzgador de la instancia, pues mantiene el mismo objeto y no modifica ninguna de las condiciones y obligaciones esenciales de la compraventa (contratantes, vivienda y precio), sino que simplemente actualiza y completa algunos aspectos de las mismas (forma de pago del resto del precio, subrogación hipotecaria normas de comunidad ..) de acuerdo con lo que ya había sido previsto en el propio contrato privado y el simple transcurso del tiempo en el que se había concluido la construcción de



la vivienda adquirida. El propio demandante viene a reconocer en su declaración ante el juzgador que en la escritura pública de compraventa no se cambió nada esencial de lo recogido en el contrato privado, lo que de hecho supone admitir que no existió en las partes el ánimo de novar que sin embargo afirma el auto judicial impugnado.

El solo hecho de que en la mencionada escritura pública se incluyeran algunas modificaciones o adiciones como las referidas y de que en ella no se hubiera pactado ningún tipo de sumisión a **arbitraje**, no puede ser interpretado, cual hace la parte recurrida, como una novación modificativa con entidad suficiente para dejar sin efecto la vigencia del pacto de sumisión a **arbitraje** contenido en el contrato privado. Precisamente si se trató de una mera modificación no extintiva y las partes nada dijeron ni pactaron con respecto a la sumisión a **arbitraje** contenido en la cláusula novena del contrato privado, lo que en buena lógica debe entenderse, es que la voluntad de ambas fue que dicho pacto permaneciera vigente y subsistente, pues de haber querido lo contrario, también lo habrían puesto de manifiesto al otorgar dicha escritura pública, y máxime cuando ninguna de las modificaciones efectuadas tenían que ver con dicho pacto ni entrañaban por tanto incompatibilidad alguna con el mismo.".. El otorgamiento de la escritura pública de 9/06/2017 no supone por tanto una novación por lo que hace al régimen jurisdiccional previsto en el anterior contrato privado, ya que en aquella nada se acuerda sobre la exclusión de tal sumisión ni se desprende incompatibilidad alguna, ni existe una alteración de los elementos esenciales del contrato. La Doctrina del TS sobre la renovatio contractus no resulta de aplicación al mantenerse los elementos esenciales en este caso del contrato de compraventa, que son los existentes en el contrato privado de compraventa, sujetos, objeto y precio, y aun cuando la acción ejercitada lo sea el saneamiento por vicios ocultos quanti minoris lo cierto es que dicha acción nace de la perfección del contrato, cuestión por otra parte al margen de la que aquí se analiza.

CUARTO .- Por lo que hace a la adecuada o no interpretación de la cláusula octava del contrato privado precisamente y al hilo de la interpretación que la apelante da a dicha cláusula deviene relevante que las partes en este caso la demandante no llevara a cabo una sesión de mediación a los efectos previstos por dichas partes contratantes, debiendo señalar que la validez de las cláusulas de mediación es compatible con su carácter voluntario, que del examen de la cláusula objeto de autos se acredita que las partes acuerdan optar por los métodos alternativos o adecuados de resolución de conflictos, por tanto optan de forma expresa lo que equivale a someterse, acordando ello conforme a la buena fe, recoge el compromiso de ambas partes de acudir al menos a una sesión de mediación caso de no acudir a otros medios de auxilio de las negociaciones, y en caso de no prosperar el tercer párrafo recoge a sumisión a los Tribunales, lo que descarta la supuesta opcionabilidad que la parte apelante pretende dar a las manifestaciones recogidas en los apartados primero y segundo de la cláusula octava en tal sentido y como se cita de adverso en tal sentido se pronuncia el TS en Sentencia de 10 de julio de 2017. Por todo ello el recurso se debe desestimar.

QUINTO .- Las costas de esta alzada se imponen a la parte apelante, arts. 394 y 398 LEC.

SEXTO .- La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 9, aplicable a este caso, que la inadmisión del recurso y la confirmación de la resolución recurrida, determinará la pérdida del depósito.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación y, en virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA DISPONE: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Rosana contra el Auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Durango en autos de Juicio Verbal 394/17 de fecha 3 de Septiembre de 2018, debemos confirmar como confirmamos dicha resolución con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Transfírase el depósito por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen a la cuenta de depósitos de recursos inadmitidos y desestimados.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso.

Firme que sea la presente resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con certificación literal de esta resolución, para su conocimiento y ejecución.

Así por este nuestro Auto del que se unirá certificación al Rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.