



Roj: **AAP A 274/2018** - ECLI: **ES:APA:2018:274A**

Id Cendoj: **03014370082018200041**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **8**

Fecha: **12/09/2018**

Nº de Recurso: **129/2018**

Nº de Resolución: **75/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **LUIS ANTONIO SOLER PASCUAL**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE**

### **SECCION OCTAVA.**

### **TRIBUNAL DE MARCA DE LA UNIÓN**

### **ROLLO DE SALA Nº 129 (C-37) 18**

### **PROCEDIMIENTO Juicio Ordinario 660/15**

### **JUZGADO Instancia num. Uno Benidorm**

### **AUTO Nº 75/18**

Ilmos.

Presidente: D. Enrique García Chamón Cervera

Magistrado: D. Luis Antonio Soler Pascual

Magistrado: D. Francisco José Soriano Guzmán

En la ciudad de Alicante, a doce de septiembre de dos mil dieciocho

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto los autos de Juicio Ordinario, seguidos en instancia ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de los de Benidorm con el número 660/15, y de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte demandante, D. Isidro , representado en este Tribunal por el Procurador D<sup>a</sup>. María Engracia Abarca Nogués y dirigido por el Letrado D. José R. Tent Roselló; y como parte apelada el demandado, D. Jesús , representado en este Tribunal por el Procurador D<sup>a</sup>. Verónica Sánchez Matarán y dirigido por el Letrado D. Francisco González Fernández, que ha presentado escrito de oposición.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia número uno de los de Benidorm, en los referidos autos, tramitados con el número 660/15, dictó Auto en fecha 10 de noviembre de 2016, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " *Suspender el presente procedimiento hasta tanto no conste una resolución firme por la que los Tribunales Suizos se manifiesten sobre su competencia internacional para conocer del asunto. En materia de costas se deberá estar a lo dispuesto en el fundamento jurídico tercero.* "

Formulado recurso de reposición, y tras el trámite pertinente, se dictó en fecha 17 de julio de 2017 Auto resolutorio del recurso, cuya parte dispositiva es del tenor siguiente: " *Que debo desestimar el recurso de reposición interpuesto por la representación de la parte actora frente al auto de fecha 10 de noviembre de 2016* ".

**SEGUNDO.-** Contra dicho auto se interpuso recurso de apelación por la parte arriba referenciada; y tras tenerlo por interpuesto y emplazar a las partes, se elevaron los autos en fecha 16 de abril de 2018 a este Tribunal donde fue formado el Rollo número 343/C-105/18, en el que, tras acordarse por Auto de fecha 22 de febrero



de 2018 tener por incorporado el documento aportado por la parte apelante, y formuladas las alegaciones oportunas por las partes, se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 12 de septiembre de 2018, en el que tuvo lugar.

**TERCERO.-** En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En abril de 2015 se presentó por D. Isidro , demanda de juicio ordinario.

En ejercitaba en esta demanda el Sr. Isidro una acción declarativa de nulidad del contrato notarial de reconocimiento de deuda que había suscrito con el demandado, D. Jesús , en fecha 3 de mayo de 2012, y con ello con base al hecho de que la escritura contenía el reconocimiento de una suma superior a la verdaderamente adeudada, fijando un interés remuneratorio que calificaba de usurero.

En dicho contrato, recordaba el demandante, se había además estipulado, entre otras cláusulas, el sometimiento de las partes a la jurisdicción y competencia de los Tribunales de Alicante con renuncia expresa a cualquier otro fuero respecto de las controversias que pudieran derivarse de la interpretación y cumplimiento del citado reconocimiento de deuda. Sin embargo, y no obstante la sumisión pactada, por el demandado había presentado en fecha 23 de octubre de 2014 reclamación ejecutiva ante tribunales suizos, en concreto ante la oficina de Betribungsamt Oberland Dienststelle Overland West Thum CP 3600, en Scheibenstrasse 11 en concreto, reclamación que había dado lugar al expediente civil de ejecución nº CIV 14 3809 SCO del Tribunal Regional Oberland de Thun.

Al contestar la demanda el demandado, D. Jesús , opuso en primer lugar excepción de litispendencia internacional del art. 27 del Convenio de Lugano de 2007, y de forma subsidiaria, excepción de conexidad internacional del art. 28 del mismo texto legal, allanándose parcialmente en cuanto al fondo caso de desestimarse tales excepciones.

Alegaba el demandado en relación a la excepción de litispendencia que, como resultaba del documento nº 3 de los de la demanda, quedaba acreditada la pendencia ante la jurisdicción suiza de un procedimiento de ejecución civil -apremio provisional de embargo- de la escritura de reconocimiento de deuda objeto del presente litigio instada por el demandado y cuyo objeto es el importe total que el aquí actor reconoce en ella adeudar -140.864,17 euros- más intereses, habiéndose acordado por el Tribunal Suizo en la resolución aportada de 20 de marzo de 2015 que procede despachar ejecución provisional en un procedimiento respecto de los que los tribunales suizos los únicos competentes y donde pueden alegarse excepciones contra la validez del reconocimiento de deuda, habiéndose de hecho decidido la ejecución provisional al no haberse planteado la excepción, resolución que según reconoce la actora, no es firme, habiendo además iniciado y pendiente, un procedimiento de reclamación de deuda reconocida en la escritura ante la oficina de Betreibungsamt Oberland Dienststelle Oberland.

Alegaba el demandado que habiéndose iniciado el proceso de ejecución donde se podía excepcionar la validez del reconocimiento, no cabe ya que el Sr. Isidro pueda iniciar otro proceso en España para tratar de hacer valer una cuestión que pudo -y debió- invocar en el procedimiento suizo iniciado con anterioridad, por cuanto que el objeto de este segundo procedimiento coincide con lo que allí se tramita, reclamación de deuda y ejecución.

Es por ello que defendía que a su entender había litispendencia al existir un procedimiento inicial de reclamación de deuda y ejecución en Suiza y uno posterior en España solicitando la nulidad del título que fundamenta el crédito reclamado en Suiza, lo que hace de aplicación el art. 27 del Convenio de Lugano de manera tal que habiéndose declarado competente la jurisdicción suiza, el Juzgado debería inhibirse a favor de esa jurisdicción por razón de la litispendencia descrita, sin que, por las razones que desarrolla, pueda oponerse la sumisión expresa que se invoca con arreglo a la escritura.

Y subsidiariamente a esta excepción de litispendencia planteaba en la contestación a la demanda la excepción de conexidad internacional del art. 28 del Convenio de Lugano al considerar evidente por lo ya descrito, la vinculación existente entre los litigios y la realidad del riesgo de que, de tramitarse separadamente, se pudieran dictar resoluciones contradictorias, siendo por ello, de no estimarse la litispendencia, debería acordarse el archivo de las actuaciones pues el tribunal suizo es el competente para conocer de la nulidad al ser oponible en la ejecución y la ley aplicable la española.

Tras celebrarse la Audiencia Previa en fecha 9 de noviembre de 2016, se dictó por el Tribunal de Instancia Auto en el que venía a estimar la pretensión de suspensión del procedimiento hasta tanto los Tribunales Suizos se



manifiesten sobre su competencia internacional para conocer del asunto, resolución que quedó confirmada en fecha 17 de julio de 2017 tras desestimarse el recurso de reposición formulado por el demandante, Sr. Isidro .

Pues bien, es en desacuerdo con tal decisión que formula recurso de apelación, oponiendo en primer lugar, infracción procesal en cuanto a la formulación de la excepción procesal por no haber utilizado el demandado para formularla el procedimiento de la dilatoria; en segundo lugar opone que el Tribunal suizo que ha tramitado la ejecución la ha concluido con una resolución firme de fecha 20 de marzo de 2015, y estando concluso y firme el proceso suizo, no hay ya litispendencia ni conexidad; y, en tercer lugar, formula infracción del art. 394.1 LEC en relación a la imposición de las costas procesales del incidente.

Analizaremos por separado cada uno de los motivos formulados.

**SEGUNDO.-** Plantea en primer lugar el apelante infracción procesal cometida por el Tribunal de Instancia al haber estimado la excepción procesal de falta de jurisdicción de los Tribunales españoles, acordando en base al art. 416.2 LEC, la suspensión y sobreseimiento de las actuaciones a pesar de haber precluido el derecho del demandado al no formular en tiempo y forma, como exige el art. 59 LEC, y al amparo de lo dispuesto en los art. 63 y ss LEC, la oportuna declinatoria.

Afirma el apelante, abundando su razonamiento, que no es desde luego aceptable el argumento de tratarse la cuestión de falta de jurisdicción o de competencia materia de orden público -como sostiene la resolución impugnada- cuando, como es el caso, no hay fuero imperativo del art. 58 LEC y sí, sin embargo, como consta en el documento notarial de reconocimiento de deuda, una cláusula de sumisión expresa a los tribunales de Alicante.

En consecuencia, dice el apelante en este motivo, al no formularse declinatoria se ha producido - art 56.2 LEC- una sumisión tácita a favor del juzgado ante el que se ha presentado la demanda, equivocándose por ello el Tribunal de Instancia al apreciar falta de competencia territorial.

Debe por ello revocarse la resolución de instancia y proseguir el procedimiento en la fase en que quedó suspendido.

Posición del Tribunal.

El motivo debe desestimarse.

Como presupuesto esencial de nuestra afirmación debe fijarse el hecho de que no es cierto que se haya cuestionado por el demandado la competencia territorial del Tribunal de instancia sino, en realidad, planteado excepción de litispendencia internacional al amparo de lo dispuesto en el art 27 del conocido como Convenio de Lugano, es decir, del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil suscrito -en su versión vigente- en Lugano el día 30 de octubre de 2007.

Consecuentemente, no erró el Tribunal de instancia cuando que entró a conocer la excepción de litispendencia, pues el pleito que se aportó como pendiente y justificativo de la excepción se tramitaba en tiempo anterior ante Tribunal **extranjero**, concretamente ante el Tribunal Regional de Oberland Sección Civil de la ciudad de Thun, autos nº CIV 14 3809 SCN, y se trata por tanto de un caso de litispendencia internacional amparada en un convenio internacional en el que los Estados de los tribunales implicados son parte.

De este modo, y de principio, cabía proponer la litispendencia y al Tribunal español le asistía jurisdicción -véase STS 201/2007, de 23 de febrero- para considerar la excepción de referencia como tal, siendo cuestión distinta la de si ello podía o suponía como efecto derivado, determinar la competencia de un Tribunal **extranjero**, dada la aplicación del convenio en que los Estados de los órganos jurisdiccionales son parte, cuestión territorial que por ello se presenta como efecto vinculado pero no objeto de excepción procesal relativa a la competencia territorial.

**TERCERO.-** Plantea en relación al fondo de la cuestión la parte recurrente que el Tribunal suizo que ha tramitado la ejecución la ha terminado con una resolución firme de fecha 20 de marzo de 2015, y estando concluso y firme no puede invocarse ni litispendencia ni conexidad pues no hay ya ni procedimiento inconcluso ni resolución recurrida.

Posición del Tribunal.

Lo que alegaba el demandado era, en síntesis, litispendencia -y subsidiariamente conexidad- internacional por la pendencia de un procedimiento de ejecución provisional seguido ante un Tribunal suizo promovido por el demandado, y en virtud del cual se acordaba dar cumplimiento a un reconocimiento de deuda cuya nulidad se impetra en el procedimiento seguido por el Tribunal español.



El demandado ha alegado litispendencia en relación a ese procedimiento de ejecución provisional, pendiente al iniciarse el proceso del que dimana este recurso de apelación.

Pues bien, el procedimiento de ejecución provisional seguido ante la justicia suiza ha concluido por resolución que ha alcanzado firmeza con posterioridad al inicio del proceso.

En el Auto del Tribunal de instancia se ha estimado, sin embargo, litispendencia internacional acordándose la suspensión del proceso hasta tanto haya pronunciamiento en Suiza.

En consecuencia el motivo debe ser estimado porque, en primer lugar, la excepción de litispendencia pierde de manera sobrevenida, como bien señala la STS 150/2011, de 11 de marzo y las resoluciones citadas en ella, su interés y función cuando se resuelve el pleito anterior pendiente y deja de cumplir la finalidad preventiva y de tutela de la cosa juzgada que le es propia, quedando desprovista de efecto alguno. En suma, si había pendiente un procedimiento de ejecución, aunque fuera provisional, en el que cabía que el hoy apelante pudiera oponer la nulidad del título, dado que ha concluido con resolución firme, la excepción ha perdido de manera sobrevenida su funcionalidad.

Se alega que, como resulta de la resolución suiza, hay un segundo procedimiento en litigio. Sin embargo, ningún dato aporta el promotor del mismo, a pesar de que se trataría del propio demandado y al que por tanto se le debe presuponer toda la información sobre el caso, del que resulten identificadas las identidades para apreciar litispendencia, quedando tanto más confusa la referencia a la vista de que en la contestación se hace mención a la posible existencia de un procedimiento de reclamación de deuda -distinto al de ejecución provisional- cuando el Tribunal refiere sin embargo un procedimiento de ejecución ordinaria instada por el Sr. Jesús respecto del que se desconoce incluso si en su trámite, caso de no estar precluido, era o no factible la formulación de excepciones de validez del título.

En segundo lugar, porque aun cuando es cierto que la litispendencia, " como institución tutelar de la cosa juzgada, y la cosa juzgada despliegan sus efectos en un segundo proceso para evitar que se adopten pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales, lo que sería incompatible con el principio de seguridad jurídica que integra la expectativa legítima de los justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia y con el derecho a una tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 de la Constitución Española ( STC 34/2003, de 25 de febrero " - STS 150/2011 ut supra-, en este caso, como ocurría en la resolución de referencia, no hay riesgo de que se produzcan entre los dos procesos decisiones contradictorias pues la resolución firme dictada en el procedimiento de ejecución provisional y el proceso que aquí se sigue, son perfectamente compatibles en tanto objetos absolutamente distintos pues el que la legislación suiza admita que en ejecución provisional pueda formularse excepción de nulidad del título de ejecución, en tanto no se plantea, la formulación en un proceso judicial distinto y ante un órgano competente por razón de sumisión expresa de las partes, finalizada la pendencia, constituye objeto distinto al propio de la ejecución, con el que es compatible.

En efecto, tampoco, dada la firmeza de esa resolución, procede apreciar cosa juzgada pues como es evidente, en absoluto se dan las identidades exigidas por el instituto de la cosa juzgada dado que no ha habido pronunciamiento alguno por el Tribunal suizo sobre la cuestión que aquí se debate.

Consecuentemente si la litispendencia tutela la cosa juzgada, en este caso resulta evidente que, dado no se ha producido pues el pronunciamiento del Tribunal suizo, no resulta condicionado en absoluto la decisión en el litigio aquí seguido ni por tanto hay riesgo para la cosa juzgada

Desde esta perspectiva, tampoco es factible apreciar la conexidad del art. 28 del Convenio de Lugano.

El motivo debe por tanto ser estimado.

**CUARTO.-** Finaliza el recurso planteando infracción del art. 394.1 LEC afirmando que no procede la imposición de costas al demandante por cuando se produce la desestimación por una apreciación de oficio y no por las alegaciones de la parte, que debieron hacerse a través de declinatoria, argumento que se abunda por el hecho de que el demandado se allana parcialmente a la demanda para el caso de que no se estimaren sus excepciones procesales, presentando en todo caso el supuesto serias dudas de hecho y de derecho.

Posición del Tribunal.

El motivo queda sin contenido al haberse estimado el recurso de apelación ya que ello implica la revocación del auto impugnado y por tanto, la liberación del crédito por costas procesales vinculado a su resultado.

En cuanto a las costas de la instancia entendemos que no procede hacer expresa imposición a parte alguna pues los argumentos que expone el recurrente ponen de manifiesto la improcedencia que imponer el pago de



las gastos del incidente a parte alguna dada tanto la intervención del Tribunal de instancia como la naturaleza del planteamiento.

**QUINTO.-** Habiéndose estimado el recurso de apelación, no cabe hacer expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante - art 398 LEC-.

**SEXTO.-** Habiéndose estimado el recurso de apelación, se acuerda la devolución de la totalidad del depósito efectuado para recurrir - Disposición Adicional Decimoquinta nº 8 LOPJ-.

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

#### **LA SALA ACUERDA**

Que estimando el recurso de apelación entablado por la parte demandante, D. Isidro , representado en este Tribunal por el Procurador D<sup>a</sup>. María Engracia Abarca Nogués, deducido contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número uno de los de Benidorm de fecha 10 de noviembre de 2016, debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su virtud acordamos desestimar la excepción de litispendencia, mandando continuar el procedimiento; y sin expresa declaración de las costas procesales causadas en esta alzada.

Se acuerda la devolución al apelante de la totalidad del depósito efectuado para recurrir.

Este Auto es firme en derecho y no cabe formular recurso alguno frente al mismo.