



Roj: **AAP M 811/2019 - ECLI:ES:APM:2019:811A**

Id Cendoj: **28079370252019200037**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **25**

Fecha: **11/03/2019**

Nº de Recurso: **595/2018**

Nº de Resolución: **83/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CARLOS LOPEZ MUÑIZ CRIADO**

Tipo de Resolución: **Auto**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoquinta

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 8 - 28035

Tfno.: 914933866

37007750

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2017/0143344

**Recurso de Apelación 595/2018**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 91 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 759/2017

**APELANTE Y DEMANDANTE:** D. Arsenio

PROCURADOR D. JUAN MANUEL CORTINA FITERA

**APELADOS Y DEMANDADOS:** D. Balbino y Dña. Adoracion

PROCURADOR D. MANUEL MARIA ALVAREZ-BUYLLA BALLESTEROS

**A U T O N° 83/2019**

**TRIBUNAL QUE LO DICTA :**

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

D.JOSÉ MARÍA GUGLIERI VÁZQUEZ

D. ANGEL LUIS SOBRINO BLANCO

D. CARLOS LÓPEZ MUÑIZ CRIADO

Siendo Magistrado Ponente D.CARLOS LÓPEZ MUÑIZ CRIADO

En Madrid, a once de marzo de dos mil diecinueve.

La Sección Vigésimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos sobre Procedimiento Ordinario 759/2017 procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 91 de Madrid, seguidos entre partes, de una como apelante-demandante D. Arsenio , representada por el Procurador D. JUAN MANUEL CORTINA FITERA, y de otra, como apelado-demandado, D. Balbino y Dña. Adoracion representada por el Procurador D. MANUEL MARIA ALVAREZ-BUYLLA BALLESTEROS.

**HECHOS**



**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia 91 de Madrid dictó en fecha 9 de enero de 2018 Auto cuya PARTE DISPOSITIVA es del tenor literal siguiente: " **Dispongo** : Se tiene por desistida a la parte actora de las presentes actuaciones, y se acuerda en consecuencia el sobreseimiento de las mismas, ello con expresa imposición de costas a la parte actora."

**SEGUNDO.-** La representación procesal de D. Arsenio interpuso, en tiempo y forma legal, recurso de apelación, para ante esta Audiencia Provincial, contra la anterior resolución; dado traslado a la parte demandada dentro del término legal conferido al efecto formuló oposición al recurso interpuesto de contrario.

**TERCERO.-** Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, correspondió su conocimiento por turno de reparto a esta Sección, formándose el correspondiente Rollo de Sala, y, personadas las partes ante este Tribunal, se acordó señalar para la deliberación, votación y fallo del citado recurso, el día 06/03/2019.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - La resolución de primera instancia acordó dar por desistida a la parte actora, y, de conformidad con el artículo 396 LEC , le impuso las costas porque el acto de disposición del proceso se produjo después de ser emplazados los demandados.

Recurre la parte actora alegando indefensión y nulidad de actuaciones porque después de presentarse la demanda el Juzgado requirió el día 28 de septiembre de 2017 a la Procuradora la aportación de la documentación del escrito rector en el plazo de dos días, pero, sin haberse subsanado la referida aportación, el día 6 de octubre de 2017 el Juzgado admitió la demanda, cuando, a juicio de la recurrente, debió inadmitirla y archivarla. De ese modo, entiende que los demandados fueron erróneamente emplazados el día 6 de octubre de 2017, pues no podían ser llamados al proceso hasta la subsanación del error en la aportación, lo cual se hizo valer en escrito de fecha 17 de noviembre de 2017, ignorado por el Juzgado, aunque el día 19 de octubre había ya presentado la documentación requerida. Considera que no debieron serle impuestas las costas. Entiende igualmente que el Juzgado no debió declararse competente, pues estaba obligado a apreciar de oficio su falta de competencia por existir una cláusula de sumisión a **arbitraje**, y por ello considera que concurre causa de nulidad, la cual pide con la ineficacia de todas las actuaciones desde el Decreto de 6 de octubre de 2017.

**SEGUNDO.** - La presentación de los documentos a los que se refiere el artículo 265 LEC se configura en ese precepto como una obligación del demandante. Si por cualquier razón no los aporta con la demanda, a pesar de contener llamadas con su numeración en el escrito rector, puede entenderse por el Tribunal que se trata de un mero defecto material, pudiendo acordar la subsanación atendiendo a lo dispuesto en el artículo 231 LEC . Así lo hizo el Juzgado de primer grado mediante la Diligencia de Ordenación de 21 de septiembre de 2017, notificada al actor el día 25 de ese mes, donde le daba el plazo de dos días para presentarlos, plazo que debe entenderse suficiente en cuanto una actuación diligente de los Profesionales intervinientes les obligaba a tener preparados los documentos para su aportación cuando se interpuso la demanda, de modo que sólo restaba corregir la falta. Sin embargo, el demandante no realizó la subsanación en el plazo fijado en resolución judicial, haciéndolo mucho más tarde, el 19 de octubre de 2017, después de recibir la notificación del Decreto de 6 de octubre de 2017 que acordó la admisión a trámite de la demanda y el emplazamiento de la demandada. No hay razón que justifique el comportamiento procesal de la parte actora respecto a la no presentación de los documentos junto al escrito inicial, pues disponía de todo el tiempo que quisiera para prepararlos y acompañarlos junto al escrito rector al no contar con un plazo perentorio para presentar la demanda. Por eso tampoco se entiende que no lo subsanara en el plazo ofrecido por el Juzgado, que ante la falta de respuesta de la parte requerida no tenía otra opción procesal derivada de la obligación legal de impulsar de oficio el proceso que decidir sobre la admisión de la demanda. Lo que no podía hacer el Juzgado era esperar indefinidamente a que la actora subsanase un defecto tan fácil de corregir, pues la requerida es quien está obligada a actuar con la diligencia procesal adecuada para enmendar lo mal hecho por ella, en particular porque la ausencia de documentos relativos al fondo del asunto a los que se refiere el artículo 265 LEC no condiciona la admisibilidad de la demanda, que únicamente procederá cuando se trate de los relacionados en el artículo 266, tal como así lo establece el artículo 269 LEC . Por lo tanto, no sólo no se causó indefensión alguna al demandante por el Juzgado, sino que ni siquiera hubo infracción de normas procesales.

Por lo demás, resulta por completo contradictorio que quien, mediante la interposición de la demanda dirigiéndola a los Tribunales Civiles, ha decidido someterse a su Jurisdicción eludiendo el convenio arbitral, tal como así lo prevé el artículo 56,1º LEC , reproche que se haya admitido a trámite su demanda. En cualquier caso, la falta de competencia por sumisión a **arbitraje** no es apreciable de oficio, pues únicamente está reservada esa posibilidad en el artículo 38 LEC a los casos citados en los artículos 37 y 38, donde no hay referencias a los tribunales arbitrales, y en concreto el artículo 11 de la Ley de **Arbitraje** deja claro que para apreciar la falta de



competencia por existir un convenio arbitral, el Juez no lo puede hacer de oficio, sino que ha de ser invocado mediante declinatoria por aquél a quien interese.

**TERCERO.** - Con relación a las costas, debe tenerse en cuenta que el escrito de la parte actora desistiendo de la demanda se presentó el día 9 de noviembre de 2017, y su entrada en el Juzgado tuvo lugar el 15 de noviembre de ese año. Ya en el momento de la presentación se había emplazado a los demandados el día 19 de octubre de 2017, que tras pedir la suspensión del plazo para contestar por no haber recibido los documentos citados en la demanda, contestó a ésta mediante escrito presentado el 20 de noviembre de 2017, cuya entrada en el Juzgado se produjo el día 23 de ese mes y año. El escrito de desistimiento no se proveyó hasta el 28 de noviembre, oponiéndose a él los demandados mediante escrito presentado en fecha 18 de diciembre de 2017.

La dicción del artículo 396 LEC resulta poco clara, pues expresamente no dice que se impondrán al demandante las costas del proceso en caso de no ser consentido por el demandado el acto de disposición. La regla contenida en el párrafo 1 se está refiriendo a los casos en que el desistimiento no haya de ser consentido por el demandado, es decir, a aquéllos procesos donde el demandado no estuviera todavía emplazado o no se personara; mientras la regla del segundo párrafo contempla únicamente el supuesto de consentimiento de la parte demandada. En realidad, el precepto está regulando únicamente los casos en los que el Órgano Judicial está obligado a sobreseer el proceso a petición del demandante, que son los recogidos en el apartado 2 y en el párrafo segundo del apartado 3, ambos del artículo 20 LEC, pero no el que resultaría de la aplicación del párrafo tercero del artículo 20.3 LEC. En ese caso, cuando el demandado se opone al desistimiento se deja a criterio del Juez decidir sobre la continuación o no del proceso, y por lo tanto también respecto al pronunciamiento sobre costas, que sólo podrá fundamentar en el artículo 394 LEC. Para valorarlo debemos estar a si la razón opuesta por el demandado para mostrar su disconformidad es o no justificada, de tal modo que la continuación del proceso hubiese podido tener un resultado desfavorable para el demandante. Y es aquí donde se pone de manifiesto por los propios argumentos empleados por el recurrente en su escrito de apelación que los motivos para desistir estaban en constatar que estaba vinculado por el convenio arbitral, lo que implica admitir las razones sobre ese particular dadas por la parte demandada. Con ello se justifica la corrección en la imposición de costas.

**CUARTO.** - Considerando lo dispuesto en el artículo 398 LEC, y vista la desestimación del recurso, procede condenar a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

#### **PARTE DISPOSITIVA**

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Juan Manuel Cortina Fitera, en nombre y representación de D. Arsenio contra la resolución dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 91 de Madrid de fecha 9 de Enero de 2018 en autos nº 759/2017 **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** íntegramente la misma, con imposición a la apelante de las costas procesales causadas en esta alzada.

Inclúyase el presente Auto en el Libro de Sentencias, uniendo certificación literal del mismo al Rollo de Sala y notifíquese, en legal forma, a las partes haciéndoles saber, conforme preceptúa el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 208.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que contra el mismo no cabe recurso alguno.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados arriba reseñados.