

# DEROGATIO FORI, SOCIEDADES MERCANTILES Y PLURALIDAD DE DEMANDADOS

## DEROGATIO FORI, COMMERCIAL COMPANIES AND PLURALITY OF DEFENDANTS

JOSÉ JUAN CASTELLÓ PASTOR

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado  
Universitat de València*

Orcid ID: [orcid.org/0000-0002-7517-0296](https://orcid.org/0000-0002-7517-0296)

Recibido: 20.07.2018 / Aceptado: 11.09.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4404>

**Resumen:** El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1ª, de 13 de diciembre de 2017 objeto de comentario estima el límite de la jurisdicción española por la sumisión expresa en favor de los tribunales de otro Estado en un contrato de suministro celebrado entre dos mercantiles. La Audiencia Provincial de Barcelona aprecia la derogatio fori con base en el artículo 22 ter párrafo cuarto LOPJ, pese a demandarse también a una sociedad domiciliada en España que no es firmante del contrato.

**Palabras clave:** *derogatio fori*, sumisión expresa, competencia judicial internacional, materia contractual, declinatoria internacional, tribunales de terceros estados.

**Abstract:** The Order of the Provincial Court of Barcelona, section 1, of December 13, 2017 object of comment estimates the limit of Spanish jurisdiction by express submission in favor of the courts of another State in a supply contract concluded between two merchants. The Provincial Court of Barcelona appreciates the derogatio fori based on article 22 ter fourth paragraph of the LOPJ, in spite of also demanding a company domiciled in Spain that is not a signatory of the contract.

**Keywords:** *derogatio fori*, express submission, international jurisdiction, contractual matters, jurisdiction on a third country.

**Sumario:** I. Introducción. II. Hechos del Auto (extracto). III. Cláusula de sumisión como límite de la jurisdicción española. A. Cláusula de elección de foro a favor de un tribunal extranjero. B. Pluralidad de demandados y el artículo 22 ter párrafo tercero. IV. Valoración final

### I. Introducción

1. Los acuerdos de sumisión expresa a favor de tribunales extranjeros son ampliamente utilizados –sobre todo en la contratación internacional– por las indudables ventajas (*v.gr.*, previsibilidad, seguridad jurídica, celeridad, neutralidad e incluso menores costes, entre otras) que comporta la elección del tribunal a los contratantes en caso de controversia.

2. La admisibilidad de las cláusulas de elección de foro a favor de un tribunal extranjero ha sido cuestionada por la doctrina jurisprudencial española hasta principios de la década de los noventa del siglo pasado.

3. En efecto, las SSTS (Sala de lo Civil) de 18 de junio de 1990<sup>1</sup>, de 30 de abril de 1990<sup>2</sup> o de 20 de julio de 1992<sup>3</sup> muestran claramente la inadmisibilidad de la *derogatio fori*<sup>4</sup>. –

4. No obstante lo anterior, su admisibilidad está consolidada como prueban las SSTS (Sala de lo Civil) de 10 de julio de 1990<sup>5</sup>, de 19 de noviembre de 1990<sup>6</sup>, de 10 de marzo de 1993<sup>7</sup>, de 13 de octubre de 1993<sup>8</sup>, de 10 de noviembre de 1993<sup>9</sup>. Y más recientemente, la STS de 31 de mayo de 2012<sup>10</sup>, así como las distintas resoluciones de las Audiencias Provinciales (cfr. el AAP de Madrid 12<sup>a</sup>, de 18 enero de 2010<sup>11</sup>, AAP de Barcelona 15<sup>a</sup>, de 17 febrero 2011<sup>12</sup>, la SAP de Madrid 13<sup>a</sup> de 7 septiembre 2012<sup>13</sup> o la SAP de Sevilla de 4 de julio de 2014<sup>14</sup>, entre otras)<sup>15</sup>.

5. Por otra parte, conviene tener presente que la *derogatio fori* se plasma por primera vez en la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) con la reforma operada por la Ley 7/2015, de 21 de julio<sup>16</sup>.

6. Pues bien, en ausencia de norma institucional o convencional, el apartado cuarto del artículo 22 ter LOPJ señala que “[...] la competencia establecida conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo podrá ser excluida mediante un acuerdo de elección de foro a favor de un Tribunal extranjero. En tal caso, los Tribunales suspenderán el procedimiento y sólo podrán conocer de la pretensión deducida en el supuesto de que los Tribunales extranjeros designados hubieren declinado su competencia”.

7. La LOPJ suple la histórica laguna legal admitiendo la eficacia procesal del acuerdo de sumisión y, al mismo tiempo, la tutela judicial efectiva de nuestros tribunales, en la medida en que declara la suspensión del procedimiento español en tanto el tribunal extranjero declare su competencia<sup>17</sup>.

8. El Auto de 13 de diciembre de 2017 objeto de comentario analiza la declinatoria por falta de competencia judicial internacional estimada por el juzgador *a quo*. En concreto, la exclusión de la competencia de los tribunales españoles en virtud de la sumisión a un tribunal extranjero o si, por el contrario, éstos son competentes para conocer el asunto porque una de las sociedades demandadas –que no es firmante del acuerdo- tiene su domicilio en España

<sup>1</sup> Sentencia núm. 374/1990 de 18 junio (RJ 1990\4764).

<sup>2</sup> Sentencia núm. 269/1990 de 30 abril (RJ 1990\2807).

<sup>3</sup> Sentencia núm. 790/1992 de 20 julio (RJ 1992\6440).

<sup>4</sup> Véase otra jurisprudencia menor, A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. I., ed. 16<sup>a</sup>, Comares, 2016, p. 387.

<sup>5</sup> Sentencia núm. 443/1990 de 10 de julio (RJ 1990\5792).

<sup>6</sup> Sentencia núm. 691/1990 de 19 de noviembre (RJ 1990\8982).

<sup>7</sup> Sentencia núm. 226/1993 de 10 marzo (RJ 1993\1834).

<sup>8</sup> Sentencia núm. 942/1993 de 13 octubre (RJ 1993\7514).

<sup>9</sup> Sentencia núm. 1040/1993 de 10 noviembre (RJ 1993\8980).

<sup>10</sup> Sentencia núm. 322/2012 de 31 mayo (RJ 2012\6551).

<sup>11</sup> Auto núm. 6/2010 de 18 enero (JUR 2010\106140).

<sup>12</sup> Auto núm. 21/2011 de 17 febrero (JUR 2011\203050).

<sup>13</sup> Sentencia núm. 445/2012 de 7 septiembre (JUR 2012\381603).

<sup>14</sup> Sentencia núm. 399/2014 de 4 julio (JUR 2014\264770).

<sup>15</sup> Véase, también, A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. I., ed. 16<sup>a</sup>, Comares, 2016, p. 387.

<sup>16</sup> Un estudio sobre esta figura, véase, B. CAMPUZANO DÍAZ, “La *derogatio fori* en la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 70/1, 2018, pp. 155-179; P. JIMÉNEZ BLANCO, “La *derogatio fori* después de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo XVII, 2017, pp. 473-506.

<sup>17</sup> A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. I. Edición 16<sup>a</sup>, Comares, 2016, p. 386; C. ESPLUGUES MOTA, J.L. IGLESIAS BUHIGUES, G. PALAO MORENO, *Derecho internacional privado*, ed. 11<sup>a</sup>, Tirant Lo Blanch, 2017, p. 165; P. JIMÉNEZ BLANCO, “La *derogatio fori* después de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo XVII, 2017, p. 496.

## II. Hechos del Auto (extracto)

9. La mercantil BEMPAGOLDIN, S.L.U. formalizó el 19 de mayo de 2015 un contrato de suministro de una máquina de ranurado de pavimento con la mercantil FCC CONSTRUCCION COSTA RICA, S.A., en la ciudad de Bagaces, provincia de Guanacaste (Costa Rica). Ambas mercantiles estuvieron representadas por personas con pasaportes costarricenses.

10. La máquina de ranurado de pavimento -en cuestión- iba a utilizarse en las obras de construcción a realizar en la carretera interamericana Norte: Cañas- Liberia, sita en la provincia de Guanacaste (Costa Rica), que fueron adjudicadas a FCC CONSTRUCCION COSTA RICA, S.A por el Consejo Nacional de Vialidad de Costa Rica.

11. Entre otras cláusulas, en el contrato se fijó la ley aplicable y el fuero jurisdiccional en caso de controversia. En efecto, señala la cláusula 11.1 que “el presente contrato se registrará e interpretará de acuerdo a las Leyes de Costa Rica”, y la cláusula 11.2 que “para la resolución de cualquier conflicto o controversia que se plantee en cuanto a la interpretación, desarrollo o ejecución del presente contrato, las partes se someten a la jurisdicción de los Tribunales de la ciudad de San José, Costa Rica, con renuncia expresa de cualquier otro fuera que pudiera corresponderles”.

12. Tras el impago de determinadas cantidades, la mercantil BEMPAGOLDIN ejercita una acción de responsabilidad contractual contra las mercantiles FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. y FCC CONSTRUCCIÓN COSTA RICA S.A ante el juzgado de primera instancia de Barcelona.

13. En concreto, la actora solicita la condena de ambas mercantiles al pago de determinadas cantidades devengadas en virtud del contrato de suministro de 19 de mayo de 2015, celebrado con FCC CONSTRUCCIÓN COSTA RICA, S.A (filial de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A.), y a retornar a territorio español la máquina ranuradora, a su cargo y en perfecto estado para su uso, sin perjuicio del desgaste propio de las características inherentes a su utilización y antigüedad.

14. La reclamación frente a FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A se funda en la teoría de la doctrina del levantamiento del velo, pues considera que esta mercantil –como contratista– ha impuesto la contratación con una filial de la matriz y que la sumisión a los tribunales costarricenses implica una dificultad añadida a la hora de hacer valer los derechos de la actora, en la medida en que la actuación “a posteriori” de la filial y de la matriz revelan el fraude de ley y el abuso de derecho –que justifica la interposición de la demanda–.

15. Ambas mercantiles demandadas formularon, en tiempo y forma, declinatoria de competencia internacional.

16. FCC CONSTRUCCIÓN COSTA RICA, S.A alegó la falta de competencia de los tribunales españoles porque el fuero jurisdiccional para la resolución de los conflictos derivados del contrato de suministro de 19 de mayo de 2015 -pactado en la cláusula 11.2- corresponde a los tribunales de San José (Costa Rica).

17. Por su parte, FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A también formuló declinatoria de competencia internacional, sin perjuicio de hacer constar que no ostentaba legitimación pasiva para soportar la acción ejercitada por no ser parte en el contrato objeto del procedimiento, no ostentar la condición de sociedad matriz de FCC CONSTRUCCIÓN COSTA RICA, S.A, ni resultar justificado ni procedente el “levantamiento del velo” por no concurrir los requisitos jurisprudenciales exigidos para ello.

18. Sobre estos argumentos, la actora se opuso alegando, en síntesis, que FCC SA, era la empresa adjudicataria de las obras de ampliación de 50 Km. de la Interamericana norte entre los tramos Cañas-Liberia, y el entramado de los denominados grupos empresariales no podía servir de escudo para afrontar las responsabilidades correspondientes [...], por lo que denunciaba el abuso de derecho y fraude de ley que suponía el hecho de que una sociedad española, FCC S.A., contratase otra sociedad española, BEMPAGOLDIN, S.L.U. para realizar las obras que la primera tenía adjudicadas en Costa Rica, pero que por el hecho de haberse formalizado el contrato con la filial costarricense de la primera se pretendiese trasladar cualquier reclamación a la jurisdicción costarricense, de manera sumamente gravosa para ella. Por ello estaría justificada la acción contra FCC, S.A., mediante la invocación de la teoría del levantamiento del velo. Este sería el motivo que ampararía, al demandarse a una sociedad española, que los Tribunales españoles fuesen los competentes. Por otra parte, al ser dos las sociedades demandadas y ser una española, no cabría duda de la competencia de los tribunales españoles, de conformidad con lo establecido en el art. 53.2 en relación con el art. 51 LEC.

19. El Ministerio Fiscal argumentó, por su parte, que el Juzgado español carecía de competencia dada la sumisión expresa existente y el objeto del contrato debía cumplirse en Costa Rica, lugar donde además se firmó el acuerdo

20. Sobre estos hechos y fundamentos de derecho, el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona en fecha 5 de julio de 2017 estimó la declinatoria por falta de competencia judicial internacional –sin imponer las costas del incidente–.

21. El Auto del Juzgado de Primera Instancia fue recurrido en apelación. La Audiencia Provincial de Barcelona desestima el recurso –en línea con el juzgado *a quo*- e impone, esta vez sí, las costas de la alzada a la apelante.

### III. Extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales españoles

22. La extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales españoles, en caso de que la controversia presente un elemento extranjero, se determina por las normas de competencia judicial internacional. En defecto de norma institucional y convencional, como es sabido, la norma interna que atribuye la competencia de los tribunales españoles para conocer estas controversias es la LOPJ.

23. El artículo 22 de la LOPJ atribuye a nuestros tribunales la competencia para conocer determinados litigios en materia civil o mercantil. Este precepto fija una serie de materias de competencia exclusiva y excluyente a favor de los tribunales españoles.

24. En caso de que ninguna de estas materias concorra, se atribuye la competencia a nuestros tribunales, bien por el fuero de sumisión expresa o tácita, bien por el domicilio del demandado en nuestro territorio, bien por el de determinadas materias, entre otros (cfr. 22 bis a nonies de la LOPJ).

25. En el presente caso, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona estima la declinatoria por falta de competencia internacional de nuestros tribunales con base en la cláusula de prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales de San José (Costa Rica), pese a la estrategia procesal de la actora de demandar también a otra sociedad (que ni es parte en el contrato ni es sociedad matriz) para forzar así el fuero abordado en el artículo 22 ter apartado tercero (sobre la pluralidad de demandados) de la LOPJ.

26. A continuación se analizan estos supuestos: las cláusulas de sumisión expresa a favor de un tribunal extranjero (A) y la pluralidad de demandados cuando uno de ellos está domiciliado en España (B).

### A. Cláusula de elección de foro a favor de un tribunal extranjero

27. La autonomía de la voluntad permite a los contratantes -en determinados supuestos, como se ha indicado- determinar de antemano el tribunal que conocerá las controversias que puedan derivarse de la relación contractual. Los acuerdos de sumisión expresa a favor de un tribunal extranjero son ampliamente utilizados en el ámbito de la contratación internacional e implican, en efecto, la privación del tribunal español de una competencia que le viene atribuida *ex lege*<sup>18</sup>.

28. Pues bien, la elección de los tribunales de Costa Rica en modo alguno supone un abuso de derecho o un fraude de ley, considerando que el contrato -que fue negociado, esto es: no se trata de un contrato de adhesión sin margen de negociación- se suscribe en Costa Rica, el domicilio de las partes está en aquel país y los representantes de las mercantiles tienen pasaporte costarricense.

29. Concurren, efectivamente, todos estos elementos de conexión con el país centroamericano. Además, podría incluso argumentarse la competencia de nuestros tribunales porque la materia objeto de controversia es contractual y la parte demandada no está domiciliada en nuestro país (art. 22 quinquies LOPJ), pero hubiera sido erróneo si se tiene en cuenta que -en el presente caso- el cumplimiento y la ejecución del contrato de suministro de la maquinaria se realiza también en Costa Rica.

### B. Pluralidad de demandados y el artículo 22 ter párrafo tercero

30. Por su parte, en caso de que sean varios los demandados, la LOPJ permite que los Tribunales españoles sean competentes cuando al menos uno de ellos tenga su domicilio en España.

31. Sobre esta premisa, la actora demanda -con base en la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo- a una empresa que no es firmante del contrato -pero está domiciliada en nuestro país- argumentando que se trata de la sociedad matriz -de una filial también demandada- para atribuir la competencia de los tribunales españoles para conocer la reclamación, en virtud del art. 22 ter III LOPJ.

32. Sin embargo, como acertadamente señala la Audiencia Provincial, la valoración del pronunciamiento sobre el levantamiento del velo resulta imposible en ese momento procesal porque se trata de una cuestión de fondo -y ello hubiera comportado asumir el tribunal español la competencia-, toda vez que es una evidente estrategia procesal de la actora para eludir la mencionada cláusula de sumisión expresa.

## IV. Valoración final

33. Las cláusulas de elección de foro son habituales en la contratación internacional, son un elemento más en la negociación.

34. La jurisprudencia española reconoce sin vacilaciones la eficacia de la *derogatio fori* (para aquellas materias permitidas) desde hace más de dos décadas. La reciente reforma de la LOPJ suple la histórica laguna existente admitiendo la eficacia procesal de los acuerdos de sumisión expresa a favor de un tribunal extranjero.

35. La valoración del Auto de 13 de diciembre de 2017 objeto de comentario es positiva, en la medida en que estima -en virtud del nuevo artículo 22 ter párrafo cuarto LOPJ- la declinatoria internacional con base en la cláusula de sumisión expresa a favor de los tribunales de Costa Rica. Entender

---

<sup>18</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 8ª edición, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2015, p. 110.

lo contrario hubiera quebrado el principio básico de la autonomía de la voluntad contractual, máxime cuando todos los elementos de la relación contractual se dan precisamente en aquel país; toda vez que pretender que los tribunales españoles sean competentes porque se demanda, con arreglo a la teoría del levantamiento del velo, a una mercantil domicilia en España -que nada tiene que ver con la relación contractual- es una evidente estrategia procesal del letrado de la actora para eludir la cláusula de sumisión expresa -que, acertadamente, no ha sido analizada por el juzgador-.