

COMENTARIO DEL AAP BARCELONA N.º 128/2019
DE 8 DE MAYO: CONTRATO DE SUMINISTRO Y CLÁUSULA
DE SUMISIÓN EXPRESA A LOS TRIBUNALES
DE COSTA RICA

COMMENT FROM AAP BARCELONA N.º 128/2019 OF MAY 8:
PROVIDER CONTRACT AND EXPRESS SUBMISSION CLAUSE
TO THE COURTS OF COSTA RICA

YERAY ROMERO MATUTE

*Profesor Universidad San Jorge de Zaragoza
Doctorando en Universidad de Murcia*

Recibido: 16.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5216>

Resumen: En la presente disertación, al hilo del Auto n° 128/2019 de 8 de mayo de 2019, se analizarán los motivos que llevaron a una sociedad española (parte contratada), por una empresa costarricense (parte contratante), a demandar a esta última y a su empresa matriz española –por un supuesto incumplimiento de contrato de suministro– ante los Tribunales españoles, utilizando el foro general del domicilio del demandado del artículo 4 del Reglamento (UE) n° 1215/2012. La parte demandante, fundamentó dicha decisión en la aplicación de la doctrina del “levantamiento de velo”. No obstante –como se podrá comprobar a lo largo de la presente–, fue la parte actora quien pretendió eludir, al amparo de dicha figura doctrinal, una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Costa Rica.

Palabras clave: Legitimación, cláusula de sumisión, declinatoria internacional, “levantamiento del velo”.

Abstract: In this dissertation, in line with Order N° 128/2019 of 8 May 2019, the reasons that brought a Spanish company (contracted party), by a Costa Rican company (contracting party), to bring a lawsuit against the latter and its Spanish holding company –for an assumed non-compliance with a provision contract– in the Spanish courts, using the general forum of the defendant’s domicile in accordance with Article 4 of Regulation (EU) N° 1215/2012. The claimant based that decision on the application of the “lifting of the veil” doctrine. However –as can be seen throughout this document–, it was the claimant who attempted to avoid, on the basis of that doctrinal figure, an express submission clause to the courts of Costa Rica.

Keywords: Legitimation, submission clause, international declinatory, “lifting of the veil”

Sumario: I. Hechos. 1. Procedimiento n° 355/2017 del Juzgado de Primera Instancia n° 38 de Barcelona. 2. Procedimiento n° 209/2018 del Juzgado de Primera Instancia n° 44 de Barcelona. II. Pretensiones aducidas por las partes: Demandante y demandado. 1. Cosa juzgada: Material y formal. 2. Capacidad y legitimación de las partes. A. Doctrina del “levantamiento del velo”. B. Fraude de ley y el abuso del derecho. C. Legitimación procesal. 3. Competencia judicial internacional. A. Foro del domicilio del demandado. B. Cláusula de sumisión a favor de tribunales de un tercer Estado. C. La Declinatoria internacional. III. Comentario del Auto n° 128/2019 de 8 de mayo de 2019. IV. Reflexión final.

I. Hechos

1. En primer lugar, y al hilo del Auto emitido por la Audiencia Provincial de Barcelona n.º 128/2019 de 8 de mayo de 2019¹, se pretende analizar el contenido de dicha resolución, así como los fundamentos esgrimidos por el propio tribunal. No obstante, es necesario informar al lector de que dicho proceso trae causa directa de un procedimiento previo promovido entre las partes. Dicho lo cual, se narrarán los hechos acontecidos en ambos procedimientos, y de esta manera, se podrán comprender los argumentos esgrimidos por las partes implicadas, incluidos los del tribunal.

2. Procedimiento n.º 355/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona

2. En este primer procedimiento nos encontramos como parte demandante a la sociedad S.L.U., BEMPAGOLDIN, en adelante (*Bempagoldin*) –con sede en España–; y como partes demandadas, tanto a la empresa FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS COSTA RICA, S.A., en adelante (*FCC Costa Rica*) –con sede en Costa Rica–, como a la sociedad FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., en adelante (*FCC España*), siendo la empresa matriz de la anterior –con sede en España–.

3. Con carácter previo, es necesario apuntar que la empresa *FCC Costa Rica*, fue adjudicataria en Costa Rica de un contrato para realizar unas obras de ampliación de una carretera nacional². Ante esta tesitura, la empresa en cuestión decidió contratar a la empresa *Bempagoldin*, para que ésta le suministrara una máquina ranuradora con la que ejecutar dicho encargo. Así pues, el contrato de suministro firmado por ambas partes se celebró un 19 de mayo de 2015 en la ciudad de Bagaces, provincia de Guanacaste (Costa Rica)³.

4. Expuesto lo anterior, es preciso indicar que en el contrato señalado se acordó establecer una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Costa Rica para dirimir cualquier conflicto derivado del dicho pacto –Cláusula 11 apartados 1º y 2º–. Dicho lo cual, respecto de la ley aplicable se expresó lo siguiente: “11.1: *El presente contrato se regirá e interpretará de acuerdo a las Leyes de Costa Rica*”; mientras que del fuero jurisdiccional se espesó lo expuesto: “*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 fuero que pudiera corresponderles*”.

5. Posteriormente, ante un “supuesto” incumplimiento de contrato⁴, *Bempagoldin* decidió demandar a *FCC Costa Rica*, así como a la sociedad matriz española, *FCC España*. La actora, en su demanda, solicitó la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo”, y en tal sentido, utilizó el foro general del domicilio del demandado (art. 4 RBI-bis)⁵, para interponer la susodicha demanda ante los

¹ AAP de Barcelona de 8 de mayo de 2019. [ECLI:ES: APB: 2019:2710A]

² Ampliación de 50 kilómetros de la interamericana-norte entre los tramos Cañas-Liberia.

³ Vid. F. SÁNCHEZ CALERO/ J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, vol. I., *Op. Cit.*, p.287. El contrato de suministro, “es un contrato que no está tipificado en nuestro Derecho privado, pero sí lo está en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Su difusión en el tráfico se debe a que mediante él se pretende satisfacer el interés de una persona (el suministrado) en poder de obtener la satisfacción de unas necesidades periódicas que se repiten en el tiempo; de manera tal, que el carácter duradero de la necesidad de obtener ciertas cosas y el interés en su cobertura que se prolonga en el tiempo se vinculan a la razón de ser de este contrato”.

⁴ Se utiliza el término “supuesto”, ya que se desconocen las causas por las que la empresa actora, *Bempagoldin*, decidió interponer la demanda. El referido Auto no ofrece ningún tipo de información al respecto. Por lo tanto, se deduce que ese incumplimiento contractual pudiera devenir de un impago de la parte contratante, *FCC Costa Rica*.

⁵ Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. «DOUE» núm. 351, de 20 de diciembre de 2012.

Tribunales españoles. Solicitando pues, el pago de 260.000 euros, más los intereses y costes pertinentes del traslado y retorno de la máquina ranuradora –objeto del contrato– desde Costa Rica hasta España.

6. En este contexto, la empresa matriz, *FCC España*, alegó la existencia de una cláusula de sumisión a los Tribunales de Costa Rica e interpuso una declinatoria internacional. Asimismo, defendía la falta de legitimación para ser parte en el procedimiento indicado. Por todo lo anterior, el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, en su Auto n.º 364/2017 de 13 de diciembre de 2017, estimó dicha declinatoria y apreció la falta de competencia judicial internacional de los Tribunales españoles. Máxime, cuando además, existía una cláusula de sumisión a los tribunales de un tercer Estado (art. 22. ter. LOPJ⁶).

7. En este sentido, *Bempagoldin* –insatisfecha con la respuesta obtenida–, decidió plantear un recurso de apelación ante la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, quien, en su Auto n.º 828/2017 de 13 de diciembre de 2017, consideró necesario desestimar dicho recurso como resultado de su falta de competencia judicial internacional.

3. Procedimiento n.º 209/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 44 de Barcelona

8. En este segundo caso, nuevamente, nos encontramos como parte demandante a *Bempagoldin*, y como parte demandada, únicamente a la sociedad española, *FCC España*. Así pues, tras la respuesta negativa de los Tribunales españoles, *Bempagoldin* –astutamente–, decidió iniciar un segundo procedimiento⁷.

9. Ante esta maniobra, *FCC España*, continuó defendiendo la existencia de una cláusula de sumisión ante los Tribunales de Costa Rica e interpuso de nuevo una declinatoria internacional. Asimismo, seguía argumentando la falta de legitimación pasiva para ser parte en dicho procedimiento. Por esta razón, el Juzgado de Primera Instancia n.º 44 de Barcelona en su Auto de 28 de mayo de 2018 –siguiendo el mismo patrón que en el caso anterior–, estimó la declinatoria internacional planteada y alegó la falta de competencia judicial internacional de los Tribunales españoles, fallando, nuevamente, a favor de la parte demandada.

10. Seguidamente, ante la respuesta negativa del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, *Bempagoldin* decidió plantear un recurso de apelación ante la Sección n.º 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona, quien, en su Auto n.º 128/2019 de 8 de mayo de 2019, manifestó que el recurso debía ser desestimado y que la decisión del tribunal coincidía en todos los términos con la resolución adoptada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona antes citada.

II. Pretensiones aducidas por las partes: Demandante y demandado

11. Con carácter previo al comentario y análisis del Auto de 8 de mayo del 2019, es preciso explicar –desde un punto de vista teórico– las figuras procesales e internacionales que cada una de las partes utilizaron en sus escritos jurídicos. La parte demandante, *Bempagoldin*, se sirvió del instrumento doctrinal del “levantamiento del velo”, así como de la utilización del foro general del domicilio del demandado; mientras que la parte demandada, *FCC España*, contrarrestó con la figura de la “cosa juzgada”, el fraude de ley, la legitimación pasiva y la figura de la declinatoria internacional⁸.

⁶ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. «BOE» núm. 157, de 2 de julio de 1985.

⁷ A diferencia del caso anterior –en este segundo procedimiento–, la empresa *FCC Costa Rica*, no fue ni demandada, ni parte del procedimiento.

⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La llegada del hombre a la luna: levantamiento del velo y sumisión a tribunales extranjeros. Análisis del AAP Barcelona 8 mayo 2019 [contrato de suministro y sumisión a tribunales de Costa Rica]”, 2019, recuperado de <http://accursio.com/blog/>; J.-C. FERNÁNDEZ ROJAS, “La solicitud de levantamiento del velo no es más que una estrategia procesal para eludir la cláusula de sumisión expresa a los tribunales extranjeros”, recuperado de <https://fernandezrozcas.com/2018>.

1. Cosa juzgada: Material y formal

12. En primer lugar, la cosa juzgada es una figura elemental del Derecho procesal cuyo objetivo radica en garantizar una cierta seguridad jurídica; así, este instrumento procesal evita que una controversia o un procedimiento ya resuelto en vía judicial y con un pronunciamiento por parte de un tribunal, se vuelva a interponer por la misma parte. Asimismo, la cosa juzgada impide que existan sentencias reiterativas y/o contradictorias⁹.

13. No obstante, antes de profundizar de manera más exhaustiva en el aspecto formal y material de la “cosa juzgada”, es necesario aclarar dos puntos clave, que son: la firmeza y la invariabilidad. La primera, es un efecto que provoca que cualquier resolución judicial no pueda ser recurrida; es decir, si una sentencia no puede ser recurrida, adquiere firmeza (art. 207.2 LEC¹⁰). Mientras que la segunda, es una consecuencia directa que influye en el tribunal que emite la sentencia, ya que de oficio, éste no podrá cambiar o modificar dicho contenido –salvo que sea necesario subsanar algún defecto, corregirlo o aclararlo– (arts. 214 y 215 LEC y art. 267 LOPJ)¹¹.

14. Como se ha indicado, el instrumento jurídico de la “cosa juzgada” tiene dos vertientes claramente diferenciadas, pese a ello, ambas mantienen la misma esencia y la misma naturaleza. Por lo cual, se distingue la cosa juzgada formal por un lado, y la cosa juzgada material por otro. La primera, podría considerarse como el efecto interno que provoca una resolución judicial –afectando a las partes y al propio tribunal en un procedimiento–; mientras que la segunda, podría decirse que es el efecto externo que provoca la resolución que pone fin al procedimiento –es decir, afectando a procesos distintos y posteriores–¹².

15. Seguidamente, y respecto de la cosa juzgada material, se pueden distinguir dos funciones claramente heterogéneas: una función “negativa o excluyente” y una función “positiva o prejudicial”. La primera de ellas, se fundamenta en el principio del “*non bis in ídem*” del art. 222.1 LEC; en consecuencia, dicho precepto descarta la posibilidad de la existencia de un ulterior procedimiento entre las mismas partes y con el mismo objeto ya juzgado –y en caso de que ocurriera, el tribunal debe ponerle fin a la mayor brevedad posible–. Por otra parte, la función “positiva” siendo consecuencia de la anterior, pretendiendo evitar resoluciones contradictorias, entendiendo que aquello que ha sido resuelto en una resolución firme vincula a los tribunales posteriores, siempre que el objeto y las partes implicadas sean las mismas (art. 222.4 LEC)¹³.

16. En consecuencia, la regla general establece que la cosa juzgada material, despliega sus efectos en un procedimiento en relación con otro posterior cuando existen ciertas similitudes entre ambos –sujetos y objeto–¹⁴. Por lo cual, parece evidente que la figura de la cosa juzgada material, únicamente, podrá oponerse en un posterior proceso cuando la pretensión solicitada en éste sea exactamente la misma que la que se resolvió en el primer procedimiento y, además, exista una identidad en las partes intervinientes en dicho proceso¹⁵.

⁹ T. ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho procesal civil*, 10ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 289.

¹⁰ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 7, de 8 de enero de 2000.

¹¹ En este sentido, *Vid.* J. MONTERO AROCA et al., *Derecho jurisdiccional II, Proceso Civil*, 24ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp.490-491. “Las razones por las que contra una resolución no cabe recurso pueden ser varias: primero, porque contra ella no cabe recurso por no estar previsto en la ley; y segundo, porque aunque la ley lo prevea y se conceda la posibilidad de plantear dicho recurso, la resolución haya adquirido una firmeza como consecuencia de que haya transcurrido el plazo, se hubiese desestimado el recurso planteado, o bien, la parte recurrente hubiera incumplido algún requisito y se hubiese declarado la inadmisibilidad del mismo (arts. 452, 457, 470 y 480 LEC)”.

¹² T. ARMENTA DEU, *Op. Cit.*, p.290.

¹³ J. MONTERO AROCA et al., *Op. Cit.*, pp.497-498.

¹⁴ T. ARMENTA DEU, *Op. Cit.*, p. 292.

¹⁵ J.-A. ROBLES GARZÓN et al., *Conceptos de derecho procesal civil*, Madrid, Tecnos, 2017, pp. 436-439.

2. Capacidad y legitimación de las partes

A) Doctrina del “Levantamiento del velo”

17. Para cualquier empresario, el hecho de utilizar a una persona jurídica en sus propias transacciones es muy ventajoso, ya que ello le permite diferenciar y separar su propio patrimonio personal, del patrimonio afecto al ejercicio profesional y a la responsabilidad derivada de sus acciones¹⁶. En este sentido, se puede atestiguar que las consecuencias de que las sociedades mercantiles gocen de una personalidad jurídica consisten en que son consideradas como entidades de derechos y obligaciones, estando sometidas a unos compromisos inherentes al cargo (art. 116 CCom¹⁷)¹⁸. Además, como resultado de tener una cierta autonomía las sociedades deben responder de sus propios actos¹⁹. No obstante, esa aparente ventaja –como es la personalidad jurídica–, no debe utilizarse con un propósito fraudulento, de un modo abusivo o con mala fe, ni mucho menos, con la intención de eludir la normativa estatal de un país para beneficio propio en detrimento de un tercero.

18. La doctrina ha denominado a este comportamiento fraudulento como “abuso de la personificación”²⁰. Así, para apreciar la existencia de dicha figura, es necesario considerar la concurrencia de una serie de elementos: a) La antijuridicidad; b) la imputabilidad; c) el dolo; y en último lugar d) el daño. Con todo lo cual, podría afirmarse que se incurre en un “abuso de personificación” cuando los socios de una empresa pretenden utilizar la personalidad jurídica, con la intención de utilizarla como pantalla protectora frente a futuras reclamaciones. Y de esa manera, evadir cualquier tipo de responsabilidad²¹.

19. Por ello, la jurisprudencia –ante los problemas que suscitaba el uso fraudulento de la persona jurídica en las transacciones y acuerdos mercantiles– dio como respuesta la doctrina del “levantamiento del velo” o “*Lifting of the veil*”²². Dicha técnica permite ignorar la personalidad jurídica de cualquier sociedad y acceder al “*sustratum*”; es decir, a la estructura y al funcionamiento interno de la sociedad mercantil²³. Por este motivo, es menester conocer lo que la doctrina y la jurisprudencia opinan al respecto.

20. Pues bien, nuestra jurisprudencia –a partir de la sentencia de 28 de mayo de 1984, ha admitido de buen grado la doctrina del “levantamiento del velo”²⁴. Numerosas resoluciones posteriores, han invocado dicha técnica doctrinal para tratar de dar solución a los conflictos que ocurren hoy en día derivados de un incumplimiento de contrato²⁵. Y es que, este instrumento doctrinal permite descubrir

¹⁶ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, *Abuso de personificación, levantamiento del velo y desenmascaramiento*, Madrid, Colex, 1997, p.64.

¹⁷ Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio., «BOE» núm. 289, de 16/10/1885.

¹⁸ J. HURTADO COBLES, *Levantamiento del velo y los grupos de empresas*, 1.ª ed., Barcelona, 2005., p. 19; asimismo; Así como C. BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado español*, Navarra, Aranzadi, 4.ª ed., 2006, p.31., quien considera que “el concepto de persona jurídica tal y como ha llegado hasta nuestros días es obra del afán sistematizador del Pandectismo alemán”.

¹⁹ F. SÁNCHEZ CALERO/ J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I., Navarra, Aranzadi, 37.ª ed., 2015, p.341.

²⁰ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, *Op. Cit.*, p.71., quien define el abuso de la personificación como aquel “ilícito civil que aparece integrado por la violación consciente del imperativo de transparencia en el tráfico jurídico, a través de la creación de una falsa apariencia de persona jurídica que los intervinientes en el tráfico, espectadores de la apariencia creada, no tienen el deber jurídico de soportar”.

²¹ A. VALMAÑA CABANES, “La doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo societario”, *Revista El Derecho*, 2012, p.1.

²² STS 1196/1984, de 28 de mayo de 1984. [ECLI: ES:TS: 1984:1196.].

²³ J. HURTADO COBLES, *Op. Cit.*, p.19.

²⁴ R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *La doctrina del “levantamiento del velo” de la personalidad jurídica en la jurisprudencia*, 7ª ed., Navarra, Aranzadi, 2017.

²⁵ Al respecto, *Vid.* Sentencia de 26 de mayo de 2006 (Incumplimiento de contrato y levantamiento del velo); Sentencia de 7 de julio de 2006 (Contrato de obra); Sentencia de 25 de septiembre de 2007 (Incumplimiento de contrato. Grupo de empresas); Sentencia de 29 de noviembre de 2007 (Contrato de obra); Sentencia de 1 de febrero de 2008 (Levantamiento del velo y “conjunto de empresas”); Sentencia de 18 de junio de 2009 (Grupo de sociedades. Abuso de la personalidad jurídica orientado a anteponerse artificialmente en el orden de preferencia de acreedores); Sentencia 1 de marzo de 2011. (Operaciones realizadas

los entresijos y los “verdaderos” intereses de cualquier sociedad mercantil. Por consiguiente, ante esta tesitura, cabe preguntarse: ¿Qué elementos deben concurrir para la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo”?

21. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de mayo de 1984, analizó diferentes instituciones jurídico-legales, que por su extensión, no serán analizadas en la presente disertación²⁶. Empero, consideró que para la aplicación dicha técnica doctrinal deben concurrir los siguientes presupuestos: 1.) La sociedad debe ser dirigida por otra persona física o jurídica, es decir, debe apreciarse una clara manipulación de una empresa con respecto de la otra²⁷; 2.) debe producirse un perjuicio para un acreedor o un tercero; 3.) no debe quedar ninguna duda sobre la conducta fraudulenta llevada a cabo; y, 4.) esta herramienta doctrinal debe ser utilizada con carácter excepcional y en última ratio, es decir, únicamente cuando no pueda resolverse el problema con otros criterios o instituciones jurídicas²⁸.

22. Por lo tanto y tomando como referencia lo anterior, la doctrina del “levantamiento del velo” solo puede utilizarse cuando quede probado de manera fehaciente que la sociedad mercantil haya cometido una conducta fraudulenta, se haya servido de su posición dominante y hubiese provocado un daño a un tercero; todo ello, sin que exista ninguna otra posibilidad para resolver tal controversia²⁹.

B) Fraude de ley y abuso del derecho

23. Desde principios del Siglo XIX, la doctrina sostuvo que la sentencia judicial emitida por un órgano jurídico en un procedimiento, era el resultado de la aplicación de una norma –la ley–, del estudio de unos hechos concretos y del fallo emitido. Ahora bien, lo realmente complicado en esta cuestión es precisar las bases de tales premisas; una vez fijadas, el juzgador siempre buscará e intentará ofrecer el justo fallo³⁰. Dicho lo cual, dos figuras relacionadas directamente con lo anterior son: el fraude de ley y el abuso del derecho. Ciertamente, ambas instituciones se encuentran estrechamente vinculadas entre sí puesto que intentan eludir la norma aplicable utilizando otra norma distinta. En consecuencia, muy a menudo, nuestro Tribunal Supremo cita y utiliza tales figuras para aplicar la doctrina del “levantamiento del velo”³¹.

24. El fraude de ley pretende eludir la aplicación de una norma concreta a través de una norma de cobertura –Derecho objetivo– (art. 6.4 CC³²), mientras que el abuso del derecho, desde una posición

entre sociedades dominadas por una misma persona física. Propósito fraudulento), citadas en R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Op. Cit.*, pp.1075, 1076, 1083, 1085, 1136, 1140 y 1141 respectivamente.

²⁶ Las distintas instituciones que analiza el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de mayo de 1984 son: 1.) La distinción y el conflicto entre el principio de seguridad jurídica y el valor de justicia; 2.) la equidad como herramienta en la aplicación normativa; 3.) el fraude y el abuso de derecho; y, 4.) el principio de buena fe.

²⁷ No obstante, cuando se refiere al abuso de poder no se esta refiriendo al control de una empresa sobre otra en sentido estricto –como puede ser por ejemplo que una empresa controle económicamente a su empresa filial– sino que se esta refiriendo al acto de manipular o servirse de esa posición dominadora sobre otra sociedad para cometer dicho fraude. A-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, nº 2, 2018, p.72.

²⁸ En este sentido, SSTS de 31 de octubre de 1996, de 23 de diciembre de 1997 y 10 de marzo de 2005; “El levantamiento del velo societario, debe utilizarse cuidadosamente y en casos extremos...”; “La aplicación del “levantamiento del velo”, solamente está justificada en aquellos supuestos que aparezca evidente que se ha utilizado, con fines fraudulentos...”, respectivamente.

²⁹ Autores como EMBID IRUJO, SÁNCHEZ-CALERO y PUIG BRUTAU, comparten dichas afirmaciones. *Vid. C. BOLDÓ RODA, Op. Cit.*, pp. 261-265.

³⁰ M. GITRAMA GONZÁLEZ, La corrección del automatismo jurídico mediante las condenas del fraude de ley y del abuso de derecho, Curso monográfico sobre la Ley de bases para la modificación del Título preliminar del Código Civil, Valencia, 1975, pp. 111-115.

³¹ *Vid. Supra.* R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Op. Cit.*, pp.1075-1141.

³² Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25 de julio de 1889.

de poder, pretende provocar un daño a un tercero –Derecho subjetivo– (art. 7.2 CC)³³. Con lo cual y a través de un análisis pormenorizado, se pretende dilucidar si la doctrina del “levantamiento del velo” se encuadra en el concepto de fraude de ley, en el de abuso del derecho, o en ambas.

25. Al respecto, el art. 6.4 CC establece que “los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”. En este sentido, son varios los requisitos que delimitan dicha figura. Pues bien, a pesar de que el susodicho precepto establece la expresión “actos” para que concurra el fraude de ley, ello debe entenderse en sentido general. A este respecto se debe apreciar como “fraudulento” cualquier acto que pretenda eludir la aplicación de una norma imperativa³⁴. Asimismo y aunque el art. 6.4 establezca un carácter subjetivo del fraude de ley, la mayoría de la doctrina considera que la “intención” no es un elemento que deba valorarse en el fraude de ley, ya que el objetivo perseguido en el fraude es, únicamente, la defensa del cumplimiento de las normas³⁵.

26. Por otra parte, la doctrina del abuso del derecho fractura la regla romana “*qui iure suo utitur neminem laedit*” y este principio, se encuentra tipificado en el art. 7.2 CC: “Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”. En esta figura, al igual que en el caso anterior, son varios los requisitos que lo delimitan.

27. En este sentido, cuando el art. 7.2 se refiere a cualquier “acto u omisión” se interpreta como aquel acto u omisión que ha sido desarrollado en el marco de un derecho, siendo consciente de la superioridad que se ostenta al usarlo. Asimismo, las acciones u omisiones realizadas deben extralimitar la normalidad del ejercicio de un derecho, pudiendo sobrepasar dicho límite: el sujeto, el objeto o las circunstancias en que sea realizado. Consecuentemente, todo ello deberá ser probado ante el juez. Finalmente, este abuso del derecho, en ultima ratio, deberá provocar un daño a un tercero ya sea presente o a futuro³⁶.

28. En consecuencia, en relación con dicha cuestión, se podría decir que si se considerase el abuso del derecho y el fraude de ley como instituciones independientes, al igual que si se interpretaran que son instituciones conexas, el objetivo perseguido es exactamente el mismo –evitar la aplicación de la norma imperativa y realizar actos contrarios a la misma–³⁷.

C) Legitimación procesal

29. En este punto, antes de entrar a valorar la institución de la capacidad y la legitimación de las partes en un procedimiento, es preciso establecer la definición de “parte”. Ésta, en sentido formal, puede referirse tanto al sujeto que solicita la tutela judicial –parte demandante o actor–, como al sujeto al que se le exige –parte demandada–. En este sentido, para determinar quien ostenta la condición de parte en un procedimiento no se debe realizar teniendo en consideración la cuestión de fondo, sino que se tiene que fijar con arreglo al procedimiento concreto³⁸.

³³ C. BOLDÓ RODA, *Op. Cit.*, p. 213.

³⁴ En este sentido, C. BOLDÓ RODA, *Op. Cit.*, p. 217., considera que “aunque el fraude de ley pueda realizarse a través de un solo acto, lo normal es que se realice a través de varios actos”, entendidos como un conglomerado de actuaciones que engloban el fraude de ley.

³⁵ Comparten esta opinión, autores como AMORÓS GUARDIOLA, CAFFARENA LAPORTA, DE LA VEGA BENAYAS, entre otros, citados en *ibid.* p. 220.

³⁶ M.-C. GETE-ALONSO CALERA, *Comentarios al Código Civil y a las compilaciones forales*, Madrid, 1992, pp. 908-910.

³⁷ C. BOLDÓ RODA, *Op. Cit.*, p. 222.

³⁸ T. ARMENTA DEU, *Op. Cit.*, p.75.

30. Una vez establecido tal concepto, es necesario distinguir la capacidad para ser parte de la capacidad procesal. Al respecto cabe decir que, la capacidad para ser parte, se define como la aptitud para ser titular de unos derechos procesales, cargas y compromisos inherentes al propio proceso (art. 6 LEC)³⁹. Mientras que la capacidad procesal o también denominada capacidad de obrar procesal, presupone la aptitud para comparecer en el juicio y realizar válidamente los actos procesales (art. 7 LEC)⁴⁰.

31. Seguidamente, como se ha mencionado anteriormente, serán consideradas partes legítimas en un procedimiento judicial aquellas partes –sujetos del Derecho– que comparezcan como titulares de la relación jurídica. Con lo cual, el contenido de la pretensión indicará quien aparece como parte demandante –legitimación procesal activa– y quien aparece como demandado –legitimación pasiva– (art 10 LEC)⁴¹.

32. Así pues, el tratamiento procesal de la legitimación se rige por la “*Lex Fori*”. En consecuencia, la Ley española marcará el momento procesal oportuno para acreditar la legitimación. No obstante, y aunque la legitimación corresponde a una cuestión perteneciente al fondo del asunto –“*Lex Causae*”– y debe resolverse en la resolución que analiza el fono del asunto, dicha legitimación debe examinarse con carácter previo al fondo del mismo⁴²; es decir, debe resolverse antes de entrar en las cuestiones de fondo. La legitimación de las partes no puede analizarse ni en la audiencia previa del juicio ordinario, ni en la vista del juicio verbal, además debe precisarse que dicha institución no opera como una excepción procesal⁴³.

3. Competencia judicial internacional

A) Foro del domicilio del demandado

33. Antes que nada, en el sector de la competencia judicial internacional, hay que destacar la estatalidad del Derecho internacional privado. Al respecto, el instrumento aplicable en litigios internacionales, que regula la competencia de los tribunales en materia civil y mercantil, es el Reglamento 1215/2012 (RBI-bis)⁴⁴. En este sentido, cuando el texto normativo se refiere a litigio internacional, quiere decir que el caso en cuestión debe presentar algún elemento de extranjería; consecuentemente, para que se pueda apreciar la presencia de algún elemento extranjero basta con que este sea el país en el que se lleva la causa, el objeto del contrato o los sujetos implicados⁴⁵.

34. Por lo tanto, cabe esgrimir que “las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado” (art. 4 RBI-bis).

³⁹ J. MONTERO AROCA et al., *Op. Cit.*, pp. 60-61. En relación con la capacidad para ser parte, Montero Aroca considera que: “El derecho no atribuye capacidad a los hombres sino que se limita a reconocerla; la personalidad va unida a la condición de hombre, el cual por el mero hecho de serlo es ya titular de derechos y obligaciones. En cambio la persona jurídica sí es reconocida por el Derecho, el cual puede fijar los requisitos para otorgarle dicha capacidad. La capacidad de las personas jurídicas para ser parte, queda reflejada en el art. 38 del CC”.

⁴⁰ *Ibid.* p. 63.

⁴¹ T. ARMENTA DEU, *Op. Cit.*, p.95. “La legitimación, a diferencia de la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, incide directamente sobre el fondo; es un presupuesto de la acción y debe ser puesta en relación con el objeto del proceso. Si la falta de personalidad (...) determina no poder entrar sobre el fondo, la falta de legitimación acarrea la pérdida del proceso”. En este sentido, *vid.* STS 779/2012 de 9 de diciembre de 2012. [ECLI: ES:TS: 2012:8305].

⁴² STS 15 enero 2014 [CENDOJ 28079110012014100018]; STS 2 julio 2008 [CENDOJ 28079110012008100705]; STS 28 diciembre 2012 [CENDOJ 28079110012012100758]. Citadas en A-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Op. Cit.*, p. 113.

⁴³ *Ibidem.*

⁴⁴ M.-A. CEBRIÁN SALVAT, “La competencia judicial internacional residual en materia contractual en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, nº2, 2017, p.129.

⁴⁵ STJCE 28 marzo 1995, as. C-346/93, *Benson*, RJ 1995, p. I-615; STJCE 1 marzo 2005, as. C-281/02, *Andrew Owusu vs. N.B. Jackson*, RJ, 2005, p. I-1445, FJ 26; STJUE 14 November 2013, as. C-478/12, *Armin Maletic, Marianne Maletic vs. lastminute.com GmbH, TUI Österreich GmbH*, [ECLI:EU:C:2013:735], (FJ 26 y 28); STJUE 19 Julio 2012, as. C-154/11, *Mahamdia*, [ECLI:EU:C:2012:491], (FJ 39); STJUE 17 November 2011, as. C-327/10, *Hypotecní banka a.s. vs. Udo Mike Lindner*, RJ 2011, p. I-11543, (FJ 29-33).

35. En relación con este foro cabe decir que: 1.) Este foro responde a la regla clásica del “*actor sequitur forum rei*”, quien establecía la competencia del juez donde se encontrase la parte demandada; 2.) este precepto contiene una regla de competencia judicial, y es que para determinar el órgano competente, se debe prestar especial consideración al Derecho Procesal del Estado miembro donde se encuentre el domicilio del demandado⁴⁶; 3.) asimismo, se considera que es un foro “general”, ya que opera sin importar la materia objeto del proceso y el tipo de proceso; y, 4.) se considera como un foro un tanto “débil”, pues puede ser desplazado, y en ese caso, no operaría cuando existan foros exclusivos de competencia (art. 24 RBI-bis) o sumisión expresa o tácita a los tribunales de otros Estados (arts. 25 y 26 RBI-bis)⁴⁷.

B) Cláusula de sumisión a favor de tribunales de un tercer Estado

36. La contratación mercantil, desde el siglo XIX, se ha regido por el principio de la libre autonomía de las partes para constituir, respecto de cada acuerdo y/o transacción mercantil, las cláusulas oportunas. Para ello, las partes debían mantener una posición equidistante e igualitaria en dicha negociación⁴⁸. Pues bien, dichos acuerdos se formalizan cuando existe un consenso entre los implicados; es decir, esto ocurre cuando una de las partes acepta la oferta, tras realizarla la otra. De esa manera, el consentimiento queda implícito, ya sea de manera verbal o por escrito, y se celebra un contrato de mutuo acuerdo (art. 1.262 CC)⁴⁹.

37. Dicho lo cual, el sometimiento a los tribunales de un estado en particular se conoce como la sumisión expresa. Este tipo de sumisión, potencia la libre circulación desde un punto de vista mercantil y genera un “efecto llamada” muy positivo para la formalización y perfección de los contratos internacionales. La posibilidad de que las partes puedan acudir al tribunal que ellos consideren pertinente, proporciona una confianza en la relación contractual, garantiza cierta seguridad jurídica y permite “ahorrar” tiempo y dinero –ya que en “principio” no se va a litigar sobre la competencia judicial de otro tribunal⁵⁰.

38. No obstante, ante esa sumisión expresa, las partes siempre pueden invocar la reserva de hacer cumplir o no dicha sumisión, y solo podría incumplirse dicha cláusula cuando las partes llegasen, de mutuo acuerdo, a un nuevo contrato.

39. Ahora bien, como se ha mencionado en el punto anterior, el RBI-bis es aplicable en un litigio internacional entre un demandado domiciliado en un Estado miembro y un demandante domiciliado en un tercer Estado, en virtud del criterio del art.4 RBI-bis. No obstante, en caso de la existencia de un acuerdo de sumisión en favor de un tribunal de un tercer estado, el RBI-bis no determina ninguna solución. En este sentido, éste únicamente atribuye o niega la competencia de los tribunales de un Estado miembro⁵¹.

40. Pues bien, esta cuestión –la sumisión a los tribunales de un tercer Estado– se regirá por las normas establecidas por el Estado en donde surge la cuestión a la sumisión indicada. Dicha sumisión surte unos efectos jurídicos y en consecuencia, debe respetarse siempre que se ajuste a las normas del Estado miembro en donde se alega la sumisión. Parte de la Doctrina llama a esto “La remisión al Dere-

⁴⁶ W.-G. RINGE, “*Überseering im Verfahrensrecht – Zu den Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften auf das Internationale Zivilprozessrecht*”, *IPRax*, 2007, pp. 388-395 (p. 390); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, *Sipplingen, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft*, 2017, pp. 203-204.

⁴⁷ En este sentido, *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Op. Cit.*, p. 71.

⁴⁸ F. SÁNCHEZ CALERO/ J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II., *Op.* p.201.

⁴⁹ M. BROSETA PONT/ F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, Vol.II., Madrid, Tecnos, 26.ª ed., 2019, p.43.

⁵⁰ I. LORENTE MARTÍNEZ, “Cláusula atributiva de competencia a favor de tribunales de terceros estados y sumisión tácita a favor de tribunales de un estado miembro: el dilema”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, nº1, 2017, p.447.

⁵¹ I. LORENTE MARTÍNEZ, *Op. Cit.*, p. 446.

cho nacional”⁵². Las consecuencias de esta “remisión” a ese derecho nacional conllevan resultados muy positivos: potencia, en un escenario internacional, la seguridad jurídica, refuerza la confianza de los sujetos implicados en los acuerdos y favorece el respeto y cuidado de las expectativas de las partes⁵³.

41. Así pues, la jurisprudencia del Tribunal Supremo confirma lo que se extrae *a sensu contrario* del art. 36 LEC⁵⁴; y es que en el caso de que se presente ante los Tribunales españoles una demanda alegando su falta de competencia por la existencia de una cláusula de sumisión, éstos no podrán declararse incompetentes de oficio sino únicamente a instancia de parte⁵⁵. La concesión de efectos a dicha cláusula de sumisión no es tan sencilla, si el tribunal ostenta el foro surge la cuestión de si ha de otorgarse a dicho acuerdo “efectos derogatorios”, es decir, si el tribunal español debe abstenerse para que lo haga el Tribunal que los sujetos han elegido⁵⁶.

C) La declinatoria internacional

42. Una institución jurídica, estrechamente vinculada con la falta de competencia judicial internacional, es la declinatoria internacional⁵⁷. Dicha figura es un mecanismo previsto en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en el art. 39 LEC; este precepto garantiza que, a falta de competencia internacional, el demandado podrá alegar, mediante declinatoria, la falta de competencia del tribunal ante el que se inste una pretensión, por pertenecer la competencia a otro órgano jurisdiccional.

43. Por otra parte, el art. 39 LEC se complementa con lo dispuesto en el art. 63 LEC. Como es sabido, la declinatoria es un mecanismo previsto en nuestro ordenamiento jurídico. En supuestos internacionales, su principal finalidad es permitir a la parte que la invoca, solicitar que se declare incompetente al tribunal español al que ha acudido la parte actora para resolver un procedimiento con tintes internacionales. La función de esta figura –como se ha mencionado en el anterior párrafo–, actúa como mero “recordatorio” exigiendo al tribunal su abstención para conocer de un asunto internacional. Por lo tanto, el demandado, ante la carencia de competencia judicial por parte de un tribunal, deberá interponer dicha declinatoria ante ese mismo tribunal (art. 63.2 LEC), en tiempo y forma (art. 64 LEC)⁵⁸.

44. Al respecto, si el tribunal considerase necesario estimar la declinatoria interpuesta por la parte demandada por corresponder la competencia a los tribunales de otro estado, resolverá mediante auto, y se abstendrá de conocer sobre el fondo del asunto (art.65.2 LEC); del mismo modo, en dicho auto, el tribunal debe señalar quien es el órgano ante el cual las partes deben ejercitar sus derechos. Contra dicho auto, la parte actora podrá presentar un recurso de apelación (art. 66 LEC).

⁵² A. RODRÍGUEZ BENOT, “Arts. 25 y 26”, en AA.VV., *Comentario al Reglamento (UE) n.º 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I refundido)*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2016, pp. 545-590; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª ed., Comares, Granada, 2016, pp. 277-278.

⁵³ I. LORENTE MARTÍNEZ, *Op. Cit.*, p. 447.

⁵⁴ STS 10 de noviembre 1993m n.º 7559/1993, [ECLI: ES:TS:1993:7559].

⁵⁵ M.-A. CEBRIÁN SALVAT, “Sumisión a tribunales extranjeros y normas españolas y europeas de competencia judicial internacional. Fundamentos y argumentos del Tribunal Supremo” en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, Colección Derecho y Letras, n.º1., Murcia, 2019., p.109.

⁵⁶ B. CAMPUZANO DÍAZ, “La *derogatio fori* en la Ley orgánica del Poder judicial”, *REDI*, Vol. 70, n.º. 1, pp.155-175.

⁵⁷ E. FERNÁNDEZ MASÍÁ, “Declinatoria internacional ante los tribunales españoles. La posición del tribunal supremo” en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, *Op. Cit.*, pp.115-136.

⁵⁸ En este sentido, *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II., Granada, Comares, 18.ª ed., 2018, “La declinatoria internacional no debe proponerse en la contestación de la demanda. Debe proponerse como un “incidente de previo pronunciamiento” y, necesariamente, en los primeros días del plazo para contestar a la demanda o en los cinco primeros días posteriores a la citación para vista (art. 64.1 LEC). En consecuencia si se contesta a la demanda, y en los fundamentos de derecho se alega, entre otros, la incompetencia de los tribunales españoles, el cauce utilizado no será el adecuado. Es más, según el TS, el actuar de dicha forma, establece una sumisión tácita a los tribunales españoles y éstos conocerán del caso en virtud de dicha sumisión”.

46. Por lo tanto, en relación con la cláusula de sumisión a los tribunales de un tercer Estado, a falta de convenio internacional⁵⁹, se obliga a los tribunales del Estado en el que se ha interpuesto la demanda a resolver a tenor de sus propias normas nacionales de competencia judicial internacional. En España, por ejemplo, en un procedimiento de similares características en el que se interponga una demanda y existiese una cláusula de sumisión a los tribunales de un tercer Estado, la competencia judicial de los Tribunales españoles se determinaría conforme a lo establecido en los art. 22 y ss. LOPJ⁶⁰.

47. Pues bien, en primer término, el foro que otorga competencia a los Tribunales españoles en virtud de una cláusula de sumisión se encuentra en el art. 22 ter LOPJ. En segundo término, el apartado cuarto de este mismo precepto, excluye dicha competencia si existiera previamente entre las partes un acuerdo de elección de foro a favor de los tribunales de un tercer estado. En tal supuesto, los Tribunales españoles deberán suspender el procedimiento y solo podrían conocer del asunto en el caso de que los tribunales de ese tercer Estado declinasen su competencia.

III. Comentario del Auto n.º 128/2019 de 8 de mayo de 2019.

48. A lo largo del presente análisis, se han ido introduciendo y comentando los aspectos más relevantes de las pretensiones establecidas por las partes implicadas. Para recapitular, nos encontramos, por un lado, a la demandante, *Bempagoldin* –con sede social en España–, y por otro, como partes demandadas a *FCC España* –con sede en España–, y a su empresa filial, *FCC Costa Rica* –ubicada en dicho país–.

49. Cabe recordar que sendos procedimientos –detallados al principio de la presente– fueron iniciados por la sociedad demandante por un supuesto incumplimiento de contrato por parte de una de las demandadas, *FCC Costa Rica*. A pesar de ello, la demanda fue presentada ante los Tribunales españoles utilizando el foro general del domicilio del demandado (art. 4 del RBI-bis) y demandando a ambas compañías. La actora, *Bempagoldin*, alegó que la empresa *FCC España* se había servido de su empresa filial costarricense, *FCC Costa Rica*, con el único propósito de eludir a los Tribunales españoles ante un posible litigio.

1. Procedimiento n.º 355/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona

49. En primer lugar y al hilo del primer caso, cabe decir que la resolución emitida por la Audiencia Provincial de Barcelona tiene la consideración de cosa juzgada, concretamente de “Cosa juzgada formal”. Con lo cual, y como se ha especificado en el epígrafe segundo en su apartado primero, la consecuencia de que un procedimiento tenga dicha consideración es que la resolución emitida afecta de manera interna, tanto a las partes implicadas como al propio tribunal; no obstante, ello no impide la apertura de un nuevo procedimiento.

50. Seguidamente y como se ha explicado en el epígrafe tercero, apartado segundo, en un procedimiento como el seguido ante la Audiencia Provincial de Barcelona, donde existía una cláusula de sumisión a los tribunales de un tercer Estado, los Tribunales españoles deben abstenerse de apreciar de oficio su competencia, debiendo esperar a que sea solicitada a instancia de parte mediante declinatoria. Por ello, la parte demandante, *FCC España*, interpuso una declinatoria internacional ante los Tribunales

⁵⁹ En España, además del RBI-bis, esta en vigor el Convenio de Lugano II (Decisión del Consejo, de 15 de octubre de 2007, relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. «DOUE» núm. 339, de 21 de diciembre de 2007). También se encuentra vigente el Convenio de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro. Asimismo, tenemos un convenio bilateral con el país de El Salvador (Instrumento De Ratificación del Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000. «BOE» núm. 256, de 25 de octubre de 2001).

⁶⁰ M.-A. CEBRIÁN SALVAT, “La competencia judicial internacional residual en materia contractual en España”, *Op. Cit.*, p. 137.

españoles⁶¹. Al respecto, y de conformidad con el art. 65.2 LEC, tal declinatoria se resolvió mediante auto. No obstante, para resolver la declinatoria internacional y determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, tales tribunales –en defecto de normas internacionales–, deben acudir al derecho interno para poder resolverlas (art.22 y ss. LOPJ).

51. En tercer lugar, como ya se ha dicho, la declinatoria internacional opera como una excepción procesal y en caso de ser estimada, el órgano juzgador no puede entrar a conocer sobre el objeto del proceso. En definitiva, tampoco puede dictar ninguna sentencia sobre el fondo del asunto, resolviendo dicho procedimiento mediante Auto (art. 65.2 LEC). Por lo tanto y como consideración de todo lo anterior, se puede afirmar que en este procedimiento no hubo cosa juzgada material.

2. Procedimiento nº 209/2018 del Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Barcelona

52. En segundo lugar y como consecuencia directa del Auto emitido por la Audiencia Provincial de Barcelona en el primer procedimiento, se puede deducir que al no encontramos con una resolución con un tratamiento de “cosa juzgada material”, sino de “cosa juzgada formal”, esta permitido a la parte actora volver a iniciar este segundo procedimiento.

53. Por lo tanto, lo primero que realiza el órgano juzgador es verificar nuevamente su competencia judicial internacional –La explicación vendría a ser la misma que la detallada en los puntos 51 y 52, por lo tanto, se considerarán como reproducidos–. Para sintetizar, se ha explicado que la competencia judicial es un presupuesto del proceso, que debe ser analizada con carácter previo, siendo apreciada bien de oficio o a instancia de parte mediante declinatoria, siendo estimada y resuelta mediante Auto, teniendo en cuenta en defecto de normas internacionales los foros de los arts. 22 y ss. LOPJ. En consecuencia, la argumentación que ofrece el propio Auto es la que acompaña:

“La sumisión expresa o tácita de las partes es un elemento de determinación de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles que opera cuando estamos ante la atribución de competencia exclusiva y excluyente, según señaló la STS de 15 de enero de 2013. Pero la sumisión también puede operar como límite de la jurisdicción pues puede tener eficacia a favor de los tribunales de otro Estado. Así se pronunció la STS 31 de mayo de 2012, ya antes de la reforma de la LOPJ por Ley 7/ 2015, de 21 de julio, al señalar: ‘En todo caso, el artículo 22, regla segunda, de la Ley 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con el artículo 36 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es interpretado por la Jurisprudencia, en reconocimiento de la libertad de pacto –dentro de los límites señalados a la potencialidad normativa creadora de las partes–, en el sentido de que también permite la sumisión expresa a favor de la jurisdicción de los Tribunales de otros Estados, aunque no sean miembros de la Unión Europea - sentencias de 19 de noviembre de 1990, 942/1993, de 13 de octubre, 1040/1993, de 10 de noviembre, y 687/2010, de 15 de noviembre–’. De esta forma, según se pronuncia la STS de 14 de marzo de 2007, dictada en un litigio en el que las partes se sometieron a la jurisdicción de los tribunales de otro Estado: ‘Excluida la competencia exclusiva de los tribunales españoles, se ha de mantener la plena efectividad de la cláusula de atribución de competencia, contenida en el contrato, y la virtualidad de su efecto derogatorio, siendo irrelevante frente a ella la concurrencia de conexiones tales como el domicilio del demandado, el lugar donde se encuentren los bienes que conforman el patrimonio de la sociedad cuyo capital se transmite, o cualesquiera otros que denoten la idea de proximidad de las partes o del objeto del negocio jurídico con el tribunal ante el que se presentó la demanda iniciadora de este proceso.’ En ese mismo sentido se había pronunciado ya la STS de 23 de julio de 2001” (FD 2º).

54. Así pues, como se ha detallado, el hecho de que el órgano juzgador haya estimado la declinatoria internacional considerado su falta de competencia judicial internacional, repercute en que no va a entrar a valorar ninguna cuestión que requiera entrar en el fondo del asunto. Del Auto no se desprende si el demandado alegó cosa juzgada “material” o “formal”, si bien en todo caso, el tratamiento de la cosa

⁶¹ Vid. *Supra*. M.-A. CEBRIÁN SALVAT, *Op. Cit.* p.109.

juzgada material requeriría un examen del fondo del asunto, en tanto que es una excepción material, no procesal. Dicho lo cual, para poder pronunciarse, el juzgado debería haber dictado sentencia sobre el fondo del asunto y no lo hace porque ha estimado la declinatoria internacional en tanto en cuanto que no dispone de competencia judicial internacional, en virtud de la cláusula de sumisión a los Tribunales de Costa Rica.

55. Lo mismo cabe decir, respecto de la legitimación pasiva de la parte demandada, al ser una institución que afecta al fondo del asunto, requeriría que se dictase sentencia que sí que comportaría el efecto de cosa juzgada, dado que no puede considerarse como una excepción procesal.

56. Finalmente, lo que hace la Audiencia Provincial de Barcelona es acudir al contrato de 19 de mayo de 2005 suscrito por las partes y al percatarse de la existencia de una cláusula de sumisión a los tribunales de Costa Rica, le responde a la parte demandante que no tiene competencia judicial internacional y que debe acudir a los Tribunales de Costa Rica. En este sentido, estos últimos serán los que decidan si el demandado está o no legitimado pasivamente –*FCC España*–. De esta manera, el propio tribunal da por terminado el procedimiento sin tener que celebrar vista, ni practicar prueba, ni dictar una sentencia. Dicho lo cual, se ahorra costes y tiempo.

IV. Reflexión final

57. En primer lugar cabe esgrimir, que la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Auto n.º 128/2019 de 8 de mayo de 2019, desmontó los argumentos de la parte demandante, desde un punto de vista internacionalprivatista, con una fundamentación rigurosa, solvente y acertada.

58. La propia Audiencia, lejos de resolver dichas pretensiones y siendo conocedora de la repercusión que produce una cláusula de sumisión a los tribunales de un tercer Estado en relación con la competencia judicial internacional, decidió –al amparo de la declinatoria interpuesta por la parte demandada–, resolver la falta de dicha competencia, otorgar plenos efectos a la cláusula de sumisión en favor de los Tribunales de Costa Rica y todo ello, sin entrar a valorar la cosa juzgada, la legitimación pasiva, ni la institución del levantamiento del velo, con lo cual al no conocer respecto del fondo del asunto, no celebra una vista, ni tampoco practica prueba y se ahorra dictar una sentencia.

59. Así pues y a modo de cierre, es preciso distinguir que los procesos judiciales internacionales se sustentan por las convicciones y las garantías jurídicas que la propia normativa internacional ha establecido. Intentar, al amparo de las mismas, desvirtualizar su contenido no es lo adecuado para un correcto funcionamiento de la justicia. En este caso, una vez más, se puede afirmar que la lógica y la justicia imperó sobre las trampas, las argucias y las estrategias procesales fraudulentas. Y es que, como dijo Alan Turing, «A veces la persona que nadie imagina capaz de nada es la que hace cosas que nadie imagina»