



Roj: **AAP B 2710/2019** - ECLI: **ES:APB:2019:2710A**

Id Cendoj: **08019370162019200123**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **16**

Fecha: **08/05/2019**

Nº de Recurso: **103/2019**

Nº de Resolución: **128/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA CARMEN DOMINGUEZ NARANJO**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección nº 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16, pl. 2a - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866200

FAX: 934867114

EMAIL:aps16.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120188044170

Recurso de apelación 103/2019 -B

Materia: Incidente

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 209/2018

Parte recurrente/Solicitante: S.L.U., BEMPAGOLDIN

Procurador/a: Monica Ribas Rulo

Abogado/a: SR. JOAN ANDREU REVERTER I GARRIGA

Parte recurrida: S.A., FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS

Procurador/a: Jordi Bassedas Ballus

Abogado/a: Victoria Uceda Quecedo

AUTO Nº 128/2019

Tribunal:

José Luis Valdivieso Polaino

Federico Holgado Madruga

Carme Domínguez Naranjo

Barcelona, 8 de mayo de 2019

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimosexta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario 209/2018 seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Barcelona, a instancia de S.L.U., BEMPAGOLDIN, representada en esta alzada por la Procuradora doña Mónica Ribas Rulo, contra S.A., FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, representada en esta alzada por el Procurador don Jordi Bassedas Ballus; estas actuaciones penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte S.L.U., BEMPAGOLDIN contra el Auto dictado el día 28/ 5/2018 por la Sra. Magistrada-Juez del expresado Juzgado.



ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El auto de fecha 28 de mayo de 2018 establece en su parte dispositiva lo siguiente: "Que debo estimar y estimo la declinatoria por sometimiento de la cuestión a mediación planteada por el procurador Jordi Bassedas Ballús en nombre y representación de FOMENTO CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, SA, declarándose la falta de competencia de este Juzgado para conocer de la presente causa, por no ser competentes los Tribunales españoles."

El auto de aclaración del anterior, de fecha 16 de julio del mismo año, establece igualmente en su parte dispositiva: "Haber lugar a aclarar el auto dictado por este Juzgado el pasado 28.05.2018 en el sentido de sustituir en la parte dispositiva la expresión "declinatorias por sometimiento de la cuestión a mediación" por la de "declinatoria por falta de competencia internacional."

"Haber lugar a complementar el auto, acordando la imposición de costas a la parte actora."

SEGUNDO.- Contra el anterior auto se interpuso recurso de apelación por S.L.U., BEMPAGOLDIN mediante su escrito motivado, dándose traslado a la parte contraria que se opuso en tiempo y forma legal. Elevados los autos a esta Audiencia Provincial se procedió a dar el trámite pertinente señalándose para votación y fallo el día 21/03/2019.

TERCERO .- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales salvo el plazo para dictar resolución por el volumen de asuntos que se tramitan en esta Sección.

Vistos siendo Ponente Magistrada D^a. Carme Domínguez Naranjo

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. Planteamiento del litigio en primera instancia. Resolución apelada. Recurso de apelación.

Los antecedentes del litigio en primera instancia, los hechos de la demanda, el planteamiento de la declinatoria, su resolución, informe del Ministerio Fiscal y recurso son idénticos a los ya resueltos por esta Audiencia Provincial, Sección 1^a, núm. de recurso 828/2017, número de auto 364/2017, de 13 de diciembre (Ponente Amelia Mateo Marco), con la única salvedad de que en aquel procedimiento (355/2017 Juzgado de Primera Instancia 38 de Barcelona), se interpuso demanda frente a la filial de la aquí demandada (Fomento Costa Rica) y además, contra la empresa Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., con sede en España y en el que hoy se resuelve únicamente contra esta última pero como consecuencia del contrato firmado por su filial en Costa Rica.

Ya adelantamos que el recurso se va a desestimar y que la decisión por este tribunal coincide en todos los términos con la resolución adoptada por la Sección 1^a antes citada. El auto referido confirmó la declinatoria postulada por la demandada con los siguientes antecedentes y razonamientos que hacemos nuestros.

BEMPAGOLDIN, S.L.U. interpuso demanda de procedimiento ordinario contra FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., en la que solicitaba la condena al pago de 260.000 euros, 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 que se refería dicho contrato, a cargo de las mismas y en perfecto estado para su uso, sin perjuicio del desgaste propio de las características inherentes a su utilización y antigüedad.

En el presente procedimiento nuevamente la actora funda su reclamación frente a FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A en la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo, y reitera los razonamientos que fueron desestimados entonces.

Considera en suma que esta entidad española (ahora única demandada), pese a no ser la firmante del contrato de 19/05/2015, habría impuesto a la actora la contratación con una filial de la matriz y con la sumisión a los tribunales costarricenses implicando un grado sumo de dificultad a la hora de hacer valer sus derechos, porque precisamente, la actuación "a posteriori" de la filial y la matriz revelarían el fraude de ley y el abuso de derecho que justificaría la interposición de la demanda.

La demandada, FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A compareció en autos y formuló declinatoria de competencia internacional además de cosa juzgada y fraude de ley por tratarse de la misma demanda, hechos y circunstancias que los ventilados en el anterior procedimiento. Añadió falta de legitimación pasiva por no haber sido parte en el contrato.

Alegó que la demanda se fundaba en el ejercicio de una acción de responsabilidad contractual derivada del contrato de suministro suscrito con una de las sociedades del grupo con sede en Costa Rica en fecha 19 de



mayo de 2015, en el cual se identificaban las partes y se consignaban sus respectivos domicilios, siendo el de la filial en Costa Rica y cuya representación la ostentaban dos personas, ambas con pasaportes costarricenses. El objeto del contrato además era el suministro de una máquina de ranurado de pavimento para ser utilizada en las obras de construcción civil en aquel país, que fueron adjudicadas a FCC CO Costa Rica por el CONSEJO NACIONAL DE VIALIDAD DE COSTA RICA (CONAVI). El contrato fue firmado por las partes el día 19 de mayo de 2015 en la ciudad de Bagaces, provincia de Guanacaste, en Costa Rica, situada entre las ciudades de Liberia y Las Cañas, que es donde se encontraban las obras en que iba a ser utilizada la máquina objeto de suministro. De modo que una de las partes, el lugar de la firma, y el lugar de cumplimiento era en Costa Rica.

Y, en la cláusula 11.1 del contrato se pactó de forma expresa cuál sería la Ley aplicable: " El presente contrato se regirá e interpretará de acuerdo a las Leyes de Costa Rica" (estipulación 11.1); y, el fuero jurisdiccional para la resolución de los conflictos derivados del contrato: " 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" (apartado 11.2).

FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. además de insistir en la declinatoria, cosa juzgada y fraude de ley, hizo 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 CO Costa Rica, ni resultar justificado ni procedente el "levantamiento del velo" por no concurrir los requisitos jurisprudenciales exigidos para ello.

La actora se opuso a la declinatoria. Alegó, en síntesis, en su oposición, que no nos encontrábamos ante cosa juzgada, ya que esta vez la demandada era únicamente una empresa española, FOMENTO, pero por el contrato que suscribió FCC Costa Rica 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, según ha señalado la jurisprudencia, 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 a 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, sostuvo que no había fraude de ley por su parte por interponer nueva demanda.

El Ministerio Fiscal argumentó en los mismos términos y con referencia al supuesto en el que también había informado en la causa que se tramitó ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona. Es decir que dada la sumisión expresa existente, así como que el objeto del contrato debía cumplirse en Costa Rica, lugar donde además se firmó el acuerdo, el Juzgado español carecía de competencia.

El Juzgado ha dictado Auto acogiendo el criterio del Ministerio Fiscal y ha estimado la declinatoria por falta de competencia judicial internacional, sin imponer las costas del incidente. En el complemento de auto dictado el día 16 de julio de 2018 , se impusieron las costas en aplicación del principio de vencimiento objetivo.

Contra dicho Auto se alza la demandante alegando vulneración del art. 22 ter. de la LOPJ y del art. 6.4 del Código Civil .

La demandada se ha opuesto al recurso.

SEGUNDO. Extensión de la jurisdicción.

Dice el auto al que nos remitimos que: " *La extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales españoles, en materia civil y mercantil, viene determinada por normas de competencia internacional que son las que, cuando en la controversia existe un elemento **extranjero**, fijan si son o no competentes los tribunales españoles. Y, en defecto de normas internacionales, la competencia viene determinada por normas de derecho interno (arts. 4 , 21 , 22, 22 bis, 22 ter, 22 quáter, 22 quinquies, 22 sexies, 22 septies, 22 octies y 22 nonies LOPJ , y art. 36 LEC).*

*Existen una serie de materias que al ser competencia exclusiva y excluyente de los tribunales españoles, con arreglo a los elementos de conexión que se fijan en el art. 22 no se ven afectadas por la posible sumisión a favor de los tribunales **extranjeros***

Ninguna de esas materias es objeto de este pleito.

Por otra parte, 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 .

En la actualidad, el art. 22 ter. LOPJ , establece:

"1. En materias distintas a las contempladas en los artículos 22, 22 sexies y 22 septies y si no mediare sumisión a los Tribunales españoles de conformidad con el artículo 22 bis, éstos resultarán competentes cuando el demandado tenga su domicilio en España o cuando así venga determinado por cualquiera de los foros establecidos en los artículos 22 quáter y 22 quinquies.

2. Se entenderá, a los efectos de este artículo, que una persona física está domiciliada en España cuando tenga en ella su residencia habitual.

Se entenderá que una persona jurídica está domiciliada en España cuando radique en ella su sede social, su centro de administración o administración central o su centro de actividad principal.

3. En caso de pluralidad de demandados, serán competentes los Tribunales españoles cuando al menos uno de ellos tenga su domicilio en España, siempre que se ejercite una sola acción o varias entre las que exista un nexo por razón del título o causa de pedir que aconsejen su acumulación.

4. No obstante, 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.

5. No tendrá efecto la exclusión de la competencia de los Tribunales españoles en aquellas materias en que no cabe sumisión a ellos.

Este precepto fue introducido por la reforma operada por la Ley 7/2015 de 21 de Julio, y la novedad más importante, en cuanto a las cláusulas de jurisdicción, es que por primera vez en nuestro Derecho interno se reconoce expresamente la posibilidad de excluir la competencia de los tribunales españoles mediante la sumisión a un tribunal **extranjero**.

TERCERO. Contrato celebrado. Cláusulas contractuales.

Con respecto al contrato celebrado entre la actora y la sociedad en Costa Rica, señala la resolución referida que: " La actora demanda también a FCC, S.A., con base en la doctrina del levantamiento del velo .

En el contrato de 19 de mayo de 2015 se establecieron los siguientes pactos:

11.1 " El presente contrato se regirá e interpretará de acuerdo a las Leyes de Costa Rica" .

11.2: " 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".

Atendida la normativa aplicable a que antes hemos hecho referencia, y esta cláusula de sumisión a los tribunales de Costa Rica, ningún problema plantearía la estimación de la falta de competencia internacional que se denuncia.



La problemática deriva de haberse demandado también a FCC, S.A., que tiene domicilio en nuestro país, a diferencia de la otra demandada, cuyo domicilio está en Costa Rica, y de la posible aplicación del art. 22 ter. 3 LOPJ.

FCC, S.A. no suscribió el contrato, por lo que no le vincularía la cláusula de sumisión. Es más, una de las razones de que se le haya demandado es, porque, según alega la actora, aquélla se prevaleció de su posición dominante para imponer la contratación con una sociedad filial, del mismo grupo, domiciliada en Costa Rica y con sumisión a la legislación y los tribunales de ese país, con el fin de ponerle dificultades a la hora de hacer valer sus derechos.

En la resolución de la presente controversia ha de partirse de que, según se desprende de las comunicaciones que se remitieron las partes, aportadas por la demandada, el contrato en cuestión fue negociado.

Por otra parte, el contrato se suscribió en Costa Rica, con una sociedad que tenía su domicilio en Costa Rica, y la máquina objeto del mismo iba a ser utilizada en ese país. Es decir, concurrían elementos de conexión relevantes que justificarían la sumisión a la legislación y competencia de los tribunales de ese país sin necesidad de acudir a otras motivaciones. Téngase presente que el art. 22 quinquies de la LOPJ establece la competencia de los tribunales españoles, en defecto de sumisión expresa o tácita, aunque el demandado no tuviera su domicilio en España, "En materia de obligaciones contractuales, cuando la obligación objeto de la demanda se haya cumplido o deba cumplirse en España".

Resulta imposible en este momento procesal previo el pronunciamiento sobre el levantamiento del velo que propugna la demandante, y, por lo tanto, asumir su tesis de que la imposición de la cláusula de sumisión formó parte de esa actuación encaminada a obstaculizar el ejercicio de sus derechos. Y es que, por otro lado, también se podría argumentar, como argumentan las demandadas, que la solicitud de levantamiento del velo no es más que una estrategia procesal precisamente para eludir la cláusula de sumisión expresa.

Así las cosas, y teniendo en cuenta las consideraciones realizadas anteriormente sobre las evidentes conexiones existentes con el fuero elegido, este Tribunal se inclina por la plena efectividad de la cláusula de sumisión para resolver la controversia entre las partes, lo que ha de llevar a confirmar la estimación de la declinatoria por falta de competencia de los tribunales españoles".

Conclusión que necesariamente comparte este tribunal por tratarse de los mismos hechos, venir razonada legal y jurisprudencialmente, y con más motivo en el supuesto analizado en el que solamente se demanda a FOMENTO DE CONSTRUCCIONES, S.A. que ni siquiera es parte en el contrato.

CUARTO. Costas.

También debe confirmarse el pronunciamiento referido a la condena en costas de primera instancia puesto que en el supuesto examinado se recoge una sumisión expresa entre dos mercantiles perfectamente individualizadas y con personalidad jurídica propia, tal como se ha señalado.

Las costas de la alzada han de ser de cargo de la apelante (art. 398.1, en relación con el 394.1 LEC).

PARTE DISPOSITIVA:

LA SALA ACUERDA : Desestimar el recurso de apelación interpuesto por S.L.U. BAMPAGOLDIN, contra Auto de fecha 28 de mayo de 2018 y su complemento de fecha 16 de julio de 2018 , dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Barcelona en la declinatoria internacional de que el presente rollo dimana, el cual confirmamos, con imposición a la apelante de las costas de la alzada.

Con pérdida del depósito consignado.

La presente resolución es firme.

Remítase testimonio de este auto al Juzgado de procedencia, para su cumplimiento, con devolución de las actuaciones originales.

Así por esta nuestra resolución de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.