



Roj: **AAP MA 519/2020 - ECLI:ES:APMA:2020:519A**

Id Cendoj: **29067370052020200516**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **5**

Fecha: **24/11/2020**

Nº de Recurso: **1251/2018**

Nº de Resolución: **547/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **HIPOLITO HERNANDEZ BAREA**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN QUINTA.  
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO CINCO DE FUENGIROLA.  
JUICIO ORDINARIO SOBRE RESOLUCIÓN DE CONTRATO Y RECLAMACIÓN DE CANTIDAD.  
INCIDENTE DE COMPETENCIA INTERNACIONAL POR DECLINATORIA.  
ROLLO DE APELACIÓN CIVIL NÚMERO 1251/2018.

**AUTO NÚM. 547/2020.**

Ilmos. Sres.

Presidente

D. Hipólito Hernández Barea

Magistrados

Dª María Teresa Sáez Martínez

Dª María del Pilar Ramírez Balboteo

En Málaga, a 24 de noviembre de dos mil veinte.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los autos de juicio ordinario procedentes del Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Fuengirola, sobre resolución contractual y reclamación de cantidad, seguidos a instancia de Doña Noelia contra la entidad "Continental Resort Services S.L."; pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la resolución dictada en el citado juicio.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Fuengirola dictó auto de fecha 30 de julio de 2018 en el juicio de ordinario del que este rollo dimana, cuya parte dispositiva dice así:

"Se decreta la falta de competencia internacional de este Juzgado para conocer de la demanda presentada por Dª Noelia frente a la entidad **CONTINENTAL RESORT SERVICES SL.** por corresponder su conocimiento a los Tribunales de Reino Unido, absteniéndome de conocer del procedimiento."

**SEGUNDO.-** Contra la expresada resolución interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación la representación de la demandante, el cual fue admitido a trámite dándose traslado del escrito en el que constan los motivos y razonamientos del mismo a la otra parte para que en su vista alegase lo que le conviniese. Cumplido el trámite de audiencia se elevaron los autos a esta Audiencia, y tras su registro se turnaron a ponencia quedando pendientes de deliberación y de resolver.



**TERCERO.-** En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Hipólito Hernández Barea. Habiendo tenido lugar la deliberación previa a esta resolución el día 3 de noviembre de 2020.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

No aceptando los del auto recurrido.

**PRIMERO.-** Considerando que por la representación procesal de la parte apelante se solicitó la revocación de la resolución recurrida y el dictado de otra en esta alzada que desestimase la declinatoria con condena en costas a la parte contraria. Alega que el Juzgado fundamenta la estimación de la declinatoria en el auto 168/2018, de 6 de abril de 2018, que le resulta favorable a la demandada "Continental" en un caso idéntico al de este procedimiento: actores británicos, típico contrato fraudulento de "Club la Costa" y misma demandada sociedad española. Pero ese auto ha sido objeto de un incidente de nulidad, admitido a trámite, por vulneración de la Constitución Española, del derecho fundamental al acceso a la jurisdicción, vulneración de las normas procesales de competencia judicial internacional y por causar indefensión. Se refirió luego al supuesto del consumidor que demanda a empresa con único domicilio en España, y al dictamen jurídico de derecho internacional privado sobre las declinatorias de "Club La Costa", así como al informe del Ministerio Fiscal ante el Juzgado de Fuengirola contra otra declinatoria de "Continental". En la resolución de la Audiencia que sirve de base al auto ahora apelado se resuelve una cuestión de legitimación pasiva mediante auto que, de manera preliminar a un proceso con todas las garantías, imputa la relación contractual a otra empresa que no aparece en los contratos, llamada "CLC Resort Developments", y que se domicilia en el paraíso fiscal de la Isla de Man (declarado como paraíso fiscal en la lista oficial de paraísos fiscales publicada por el Gobierno de España. A pesar de que la empresa firmante del contrato expresamente se domicilia en España, el auto deniega la competencia del asunto a los órganos jurisdiccionales de España por estimar que la relación contractual "en realidad" se desarrolla con un supuesto poderdante de la Isla de Man. Pero esta cuestión de fondo - que no es otra cosa que una cuestión de legitimación pasiva y de contrato de distribución -, ha sido resuelta por auto en un trámite previo a la litis, denegando a esta parte la práctica de toda prueba en un proceso plenario con todas las garantías. Según el Tribunal Constitucional, existe indefensión cuando se priva o limita los medios de defensa en el seno de un proceso, esto es, cuando se infringe una norma procesal, o se priva a una parte o se la limita en sus medios de defensa. Y la legitimación pasiva, o legitimación "ad causam" (del artículo 10 de la LEC) es una cuestión de fondo, excluida del artículo 416.1 de la LEC como cuestión procesal. Y resulta que otros órganos jurisdiccionales desestiman declinatorias de esta misma demandada porque es una sociedad totalmente española, y la Audiencia Provincial de Málaga rechaza declinatorias internacionales cuando la parte demandada tiene domicilio en España. Entendiendo, además, que la LOPJ es inaplicable al caso planteado y tampoco admite pactos de sumisión a tribunal extranjero que sean ilegales por ser contrarios a los derechos de los consumidores. Se trata de que la sociedad "Continental" actuó en nombre propio dentro del Grupo "Club La Costa", al que pertenece, y no como agente comercial de una sociedad extranjera. No se puede aceptar el argumento de que es viable la declinatoria porque, en realidad, los demandantes estaban contratando con una sociedad de la Isla de Man y la firmante del contrato actuaba como simple "agente comercial" de ella, según resulta de lo actuado. Así, el verdadero domicilio del Grupo "Club La Costa" está en España, y una sociedad española no puede predisponer una cláusula en un contrato de consumidores prohibiéndoles que la demanden en España. Por tanto, si la vendedora tiene su domicilio en Mijas, si el contrato se firma en Mijas, si el objeto del contrato recae sobre un inmueble de Mijas, si las oficinas centrales del grupo están en Mijas (donde se gestionan las reservas, y donde cogen el teléfono para hacerlas), si el dominio web del grupo está registrado en Mijas, si en sus redes sociales dicen localizarse en Mijas, si los ficheros donde guardan los datos personales están en Mijas (y expresamente sometidos a la Ley española, LO 15/1999), y si el teléfono de las facturas de las cuotas de mantenimiento es de Mijas, pues lo lógico es que se demande a esta empresa en Mijas, y es absolutamente intolerable que intente desviar el litigio a una empresa pantalla de la Isla de Man. Se refirió luego la parte apelante a la ilegalidad de la cláusula de sumisión al ser contraria a los foros de protección al consumidor del reglamento 1215/2012 (Bruselas I Bis). En materia de consumidores no es válido ni es posible que las partes acuerden cualquier tipo de competencia distinta a la establecida en el artículo 18, excepto si lo hacen como indica el artículo 19 que establece las tres únicas formas de cercenar los derechos de un consumidor (acuerdo posterior al litigio, que le permitan demandar donde quiera, o que atribuyan competencia al Estado de residencia común del consumidor y del empresario). Y resaltó también la ineficacia de dicha cláusula en cuanto a la forma regulada en el artículo 25 del Reglamento. Sobre el argumento de que "Continental" actuó como agente comercial de una sociedad británica, lo cierto es que firmó el contrato como vendedora sin actuar por cuenta ni en nombre de nadie, y mucho menos como agente de una sociedad de la Isla de Man. Y es que "Continental Resorts Services S.L." no es un mero agente comercial, sino que es una pieza más del tinglado de "Club La Costa", y debe ser quien responda en estas actuaciones en tanto forma



parte del grupo societario "Club La Costa" y es la que vendió en concreto el producto en su propio nombre de cara a los demandantes, sin que sea admisible que ahora lo impute a otra entidad (encima domiciliada en un paraíso fiscal). Reprodujo después la apelante el dictamen pericial de la Dra. Clemencia, profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de las Islas Baleares, que acompañó como documental, así como el del catedrático de Derecho Internacional Privado Doctor Cornelio; ambos favorables a la tesis de la parte apelante. Y sobre la nulidad de las cláusulas de jurisdicción y Ley aplicable a la luz de la Ley de Consumidores y Usuarios, señaló que la cláusula de sumisión es también ilegal a tenor del artículo 90.2 y 90.3 del TRLGDCU, el cual se aplica en todo caso, sin importar la Ley aplicable al fondo (como ordena el artículo 67.2 de la misma norma legal). En conclusión, se refirió a la grave negación a la tutela judicial efectiva que supondría para los demandantes (consumidores cuya protección es un principio rector constitucional), la declinatoria del asunto porque se les condenaría a desembolsar más dinero aún en la lucha por su Derecho, y se les condenaría a aguantar la situación durante más años. Además, de declinar el asunto al Reino Unido, una eventual sentencia a favor jamás se podría ejecutar porque la empresa a la que dicen que se debe demandar - CLC Resort Developments -, está radicada en la Isla de Man: un paraíso fiscal fuera del Reino Unido y de la Unión Europea, donde no llega el Reglamento Bruselas I Bis de reconocimiento y ejecución civil internacional. Así, de conformidad con todas las alegaciones deducidas en el presente escrito, son competentes para conocer de la demanda interpuesta por los demandantes los órganos jurisdiccionales españoles y, en concreto, el Juzgado de Fuengirola, tal y como originalmente se señaló en la demanda. Y se refirió a dos autos del Juzgado nº 5 de Arona resolviendo idéntica declinatoria planteada por "Club La Costa".

**SEGUNDO.-** Considerando que por la representación de la parte apelada, la entidad "Continental Resort Services S.L.", se pidió la confirmación del auto recurrido por sus propios fundamentos de derecho, con desestimación del recurso y acordando la expresa condena en costas a la parte apelante, añadiendo que, con carácter preliminar, no podía pasar por alto que la adversa, de forma completamente extemporánea, adjunta documentos de imposible aportación, vulnerando lo previsto en el artículo 460 de la LEC. Dicho lo anterior, recordar que la Audiencia Provincial de Málaga ya ha adoptado un criterio firme ante la multitud de demandas-masa que se están recibiendo en España por las mandatarias comerciales de la sociedad "CLC Resort Developments Limited". Así, son numerosas las resoluciones en que ha acordado la falta de competencia judicial internacional para conocer de las mismas, con independencia de que las mismas se dirijan (interesadamente) frente a tales sociedades españolas. De este modo, no se considera que esta parte demandada tenga legitimación pasiva, sino que es una mera mandataria de la mercantil británica "CLC Resort Developments Limited", lo que excluye la jurisdicción de los tribunales españoles en relación con los foros de competencia judicial internacional en materia de contratos celebrados con los consumidores. Aplicando esa doctrina a este caso, la Sra. Noelia adquiere 850 puntos (equivalentes a 1 semana) que se consume anualmente para disfrutar de los distintos resorts ofertados por todo el mundo, siendo la obligación del Club el proporcionar alojamiento y el mantenimiento de los mismos. En cuanto al domicilio de la actora, se encuentra en Reino Unido (Birmingham, Inglaterra), y los pagos se dirigen a Londres (cláusula 5ª del contrato). Y el Club de Vacaciones tiene su domicilio en Reino Unido, tal y como se refiere en el Certificado de membresía que se entrega a los clientes. En virtud del principio de igualdad ante la ley ( artículo 14 de la CE) y de la preservación del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE, y siendo todos los elementos del presente pleito idénticos a los asuntos ya analizados por la audiencia Provincial, debe decidirse la cuestión de competencia judicial internacional en el mismo sentido. Se invoca el principio "pro actione" como transgredido por el auto atacado, pero el principio "pro actione" no puede tener una formulación que lleve al surrealista entendimiento de que deban ser estimadas y estudiado el fondo del asunto de todas las demandas que se presenten los tribunales; y tampoco se quiebra el principio "pro actione" por el hecho de que el Tribunal "ad quem" estime la declinatoria de jurisdicción remitiendo a los litigantes a los tribunales del Reino Unido. En este sentido, se acerca el procedimiento a los consumidores, que son de **nacionalidad** británica, como es sabido, y se les facilita el acceso a la justicia de su país para litigar con otro nacional de allí de forma más cómoda y facilitándole, en todo caso, el acceso a la Justicia. Respecto a la legitimación pasiva, como ya ha aducido esta Sala en asuntos idénticos a los que nos ocupan, de la documental obrante en autos se pone de manifiesto que las codemandadas no son sino unas meras mandatarias en España de la empresa "CLC Resort Developments Limited" (Isla Británica de Man), que autorizó a las mismas para suscribir el contrato en su nombre. Y que, siendo así, la "otra parte contratante" de los consumidores no está domiciliada en España, y ello, con independencia de que pudiera comercializar sus productos a través de sociedades domiciliadas o de los departamentos existentes en los complejos vacacionales que tiene en España. Es incierto que el Club de Vacaciones esté domiciliado en España. En este sentido, el Reglamento 1215 hace referencia expresa al domicilio de las personas jurídicas de Reino Unido en su artículo 63. Además, cabe apreciar que, pese a ser irrelevante a los efectos que nos ocupan, Isla de Man no constituye paraíso fiscal para España, pues existe un acuerdo de información tributaria en vigor. De conformidad con la normativa aplicable, los tribunales españoles carecen de competencia judicial internacional para conocer de las demandas que los clientes británicos



puedan formular en España contra "CLC Resort Developments Limited", pues ni los consumidores tienen su residencia habitual en España, ni tampoco la tiene "la otra parte contratante" del consumidor, que, como ya se ha especificado anteriormente, es "CLC Resort Developments Limited", y no sus agentes de venta. Invocan los apelantes en última instancia el artículo 7.5 del Reglamento para defender la jurisdicción española, según el cual una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro "si se trata de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, ante el órgano jurisdiccional en que se hallen sitios", pero tampoco nos encontramos en su ámbito de aplicación, pues, además de que se ha demandado directamente al agente comercial y no a la parte contratante, ocurre que la propia fundamentación jurídica de la parte apelante evidencia la inaplicabilidad de dicho precepto. De otra parte, no existe un "inextricable conglomerado empresarial de Club La Costa" como dice la apelante. Efectivamente las sentencias mal invocadas de contrario manifiestan que la vinculación en ese grupo no obedece a motivaciones fraudulentas. No resiste el más mínimo análisis jurídico imputar los derechos y obligaciones de la matriz a la filial por el mero hecho de ser integrantes del mismo grupo empresarial, sin haber habido el más mínimo indicio de fraude, incumplimiento contractual, abuso de derecho, etc. Sino todo motivado porque a un despacho de Abogados le interesa aforar un pleito (sin conexión alguna) a nuestra Jurisdicción para así engordar el negocio de pleito- masa de "timesharing" anunciándose en páginas web británicas. Por último, que existan unas cuentas consolidadas obedece a un imperativo legal de la séptima directiva CEE 83/349 y, por lo tanto, no se pueden inferir, de ningún modo, responsabilidades solidarias por este motivo, ni se puede decir, con absoluto desprecio al Derecho Mercantil, que la sociedad "Continental Resort Services" actuó en nombre propio y no por cuenta del dominus. Una cosa es aplicar interesadamente y mal la técnica del levantamiento del velo y otra muy distinta elegir caprichosamente a tu deudor en un litigio. Por otra parte, el pacto de sumisión expresa litigioso es plenamente válido al darse los requisitos formales del artículo 25 del Reglamento, expresamente referido en la resolución recurrida cuya fundamentación, como se ha dicho, la Sala comparte y hace suya. Efectivamente, el pacto de sumisión expresa, como sostiene la Sala, es válido pues se ha otorgado por dos partes cocontratantes británicas, por lo que hemos de estar a lo dispuesto en el artículo 19.3 del RB-I bis en relación con el artículo 25 del mismo. Y precisamente nos encontramos dentro del ámbito de aplicación del artículo 19.3, por lo que prevalece el pacto de sumisión expresa en todo caso, ya que el consumidor y su cocontratante tienen su domicilio o residencia habitual en el mismo Estado miembro, esto es Reino Unido. Sentada la validez del acuerdo de sumisión expresa, es preciso, por otra parte, subrayar el carácter exclusivo que dicho pacto presenta. El carácter exclusivo le viene atribuido a todos los acuerdos de sumisión expresa directamente por el artículo 25.1 del RB-I bis, salvo que las partes pacten lo contrario. El carácter exclusivo del pacto de sumisión expresa tiene un claro efecto: excluye la competencia judicial internacional de cualquier otro tribunal que pudiera resultar competente en virtud de lo dispuesto en el régimen general del RB-I bis. Por tanto, aun cuando a favor de los tribunales españoles pudiera llegar a concurrir algún foro de competencia de los previstos en el RB-I bis, dicha competencia quedaría totalmente derogada por efecto del acuerdo de sumisión expresa existente a favor de los tribunales ingleses. Los consumidores británicos, es preciso destacar, no van a quedar en ningún caso desprotegidos, ya que tienen la posibilidad de interponer su demanda ante los órganos jurisdiccionales británicos, correspondientes al país de su domicilio, cuya competencia, además, queda plenamente asegurada de conformidad con lo establecido en el artículo 18.1 in fine del RB-I bis. Lo cierto es que la jurisdicción española, tal y como ha sentado nuestra Audiencia, no ostenta competencia judicial internacional para conocer de las demandas que solicitan la declaración de nulidad de estos contratos.

**TERCERO.-** Considerando que, tras cita de jurisprudencia que entiende aplicable, señala el juzgador que la Audiencia Provincial de Málaga no considera que "Continental Resort Services" sea "parte contratante", sino más bien una mera mandataria de la mercantil británica promotora del producto, con quien se establece la relación contractual, lo que excluye la jurisdicción de los tribunales españoles en relación con los foros de competencia judicial internacional en materia de contratos celebrados con los consumidores. Cita en este sentido varias resoluciones de la Sección Cuarta de esta Audiencia y concluye que, habiendo resuelto en procedimientos anteriores y similares el Juzgado en el sentido de desestimar la declinatoria presentada por la demandada en base a la doctrina sentada por la AP de Málaga, entre otras, en auto de fecha 27 de enero de 2017, en el momento actual, vista la anterior doctrina sentada por la Audiencia procede estimar la falta de jurisdicción de este Juzgado para conocer de la demanda presentada.

**CUARTO.-** Considerando que, como se ha expresado, entiende la parte apelante que la jurisdicción corresponde a los tribunales españoles, concretamente al partido judicial de Fuengirola, por varios motivos: la empresa vendedora de los Derechos opera en España a través de una sucursal; el domicilio social del Grupo demandado, y que es el que se debe tener en cuenta a efectos de considerarse "domicilio real y efectivo" se encuentra en Mijas-Málaga; nos encontramos ante contratos de consumo en los que impera la elección del foro por la parte más débil, el consumidor. Conforme al artículo 18.1 del Reglamento UE 1215/2012 y 54.2 de la LEC (exclusión aplicación de pacto de sumisión expresa en contratos de consumo); si la empresa demandada es española, el razonamiento de que es una mera mandataria - Agente de Ventas - resulta absolutamente





prematureo en este momento procesal, y no debe servir de excusa para que pueda prosperar la declinatoria, ya que, no obstante, el artículo 23.5 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, establece que "lo dispuesto en este Título se aplicará al propietario, promotor y a cualquier persona física o jurídica que participe profesionalmente en la transmisión o comercialización de derechos de aprovechamiento por turno"; asimismo, debe operar en cuanto a determinación de la Ley aplicable al contrato, el principio "Lex Rei Sitae" ( artículo 10 del Código Civil) pues el Resort donde la demandante adquirió la propiedad y en el cual se deben cumplir las obligaciones contractuales que se derivan del contrato, se encuentra ubicado en España, a efectos de acreditar los elementos de conexión del contrato con Tribunales Españoles; por aplicación del artículo 63 del Reglamento Bruselas I Bis, en relación con las personas jurídicas se establece en dicho precepto que hay tres lugares a elección de la parte actora, el domicilio estatutario, el lugar de la administración central y el centro de actividad principal, y cualquiera se puede utilizar como domicilio a efectos procesales; por no ser de aplicación el artículo 7.1 del Reglamento en cuanto a la relevancia jurisdiccional del lugar del pago, puesto que dicho artículo contempla el supuesto de hecho en el que el consumidor es el demandado, no siendo éste el caso. Por otra parte, la demandada es sociedad dependiente o participada del "Grupo Club La Costa", que se constituye para desarrollar una actividad concreta dentro de las distintas fases o áreas en que se desarrolla la actividad del Grupo, y dentro de cada una se distingue en atención a la zona geográfica donde se encuentra el Resort (Málaga-Tenerife); y el domicilio consignado como social en el Reino Unido de todas las empresas del grupo "Club La Costa", esto es, Hallswelle House, en 1 Hallswelle Road, Londres, es un domicilio virtual donde únicamente se ubica un despacho de contables, sin cartel ni indicación alguna relativa a ninguna empresa del grupo "Club La Costa". Siendo el domicilio social no más que una pantalla, debemos partir de una realidad incuestionable para dirigirnos hacia la determinación del centro operativo y de actividad, es decir, la propia existencia del Resort y de la actividad diaria que en el mismo se desarrolla, incluso por mercantiles con sede social en el Reino Unido. La Audiencia Provincial de Málaga - y la de Valencia - recoge que el centro de administración y gestión de esta mercantil se encuentra en Mijas, Málaga, Urbanización Marina del Sol. Dicho lo anterior en tanto tales razonamientos son compartidos por este Tribunal, es preciso con carácter previo a resolver la cuestión planteada - la declinatoria de jurisdicción - hacer constar que tanto la Sección 4ª de esta Audiencia como esta misma Sección 5ª han tenido ocasión de pronunciarse sobre la misma cuestión que constituye el objeto del presente recurso de apelación, concretamente la determinación de la jurisdicción internacional aplicable para el conocimiento de pretensiones de nulidad contractual - y consiguiente reclamación de cantidad - formulada respecto de contratos con el mismo contenido que el que aquí nos ocupa, referidos incluso al mismo Resort o complejo turístico, y suscritos con diversas entidades mercantiles. Se trata de numerosos autos que no se han pronunciado en el mismo sentido, sino que han declarado en unas ocasiones la competencia de los Tribunales Españoles y la han rechazado en otras, lo que indica que la cuestión no es pacífica ni en el seno de esta misma Audiencia, aunque es verdad que se han dictado autos en el sentido referido por la apelada, es lo cierto que las últimas resoluciones de este Tribunal y los dictámenes del Ministerio fiscal convergen en otorgar la competencia a los tribunales españoles, por las razones que seguidamente se expondrán. A la vista de los antecedentes del caso y de la ya expresada realidad de diversos pronunciamientos de esta Sala y de otras Secciones de la Audiencia Provincial sobre la misma cuestión aquí debatida, hemos de reseñar que la preservación del derecho de tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la CE, interpretado en los términos que han quedado expuestos en anteriores resoluciones, queda salvaguardada mediante la decisión del presente recurso de apelación, aun cuando los términos de la misma no se muestren coincidentes con las consideraciones jurídicas y conclusiones alcanzadas en las resoluciones precedentes, al haberse constatado - y así se ha expuesto motivadamente - que el criterio del domicilio de la entidad demandada responde a la correcta interpretación de lo dispuesto en el Reglamento UE 1215/2012, tanto en lo relativo a la consideración específica y autónoma que del concepto domicilio de la persona jurídica se establece en la norma, como desde la perspectiva del régimen jurídico específico aplicable a los demandantes consumidores, y que las resoluciones contradictorias, al igual que la apelada, vienen a apoyarse en precedentes autos de estas Salas, entre ellos el de fecha 30 de junio de 2014, en el que tanto el régimen jurídico del contrato como el aplicable para la determinación de la competencia difieren de los que concurren en este caso y las cuestiones suscitadas no se centraron entonces en la consideración específica que del domicilio de la persona jurídica demandada se establece en el referido Reglamento. Esta Sala, examinando nuevamente las cuestiones planteadas, no puede sino compartir y hacer suyos los fundamentos de derecho contenidos en recientes resoluciones dictadas en supuestos similares declarando la competencia de los Tribunales españoles para resolver las acciones ejercitadas en la demanda, que se reproducirán en esta resolución como fundamento de la decisión adoptada. Como punto de partida ha de establecerse que la decisión de la cuestión controvertida, concretada en la determinación de la jurisdicción competente para el conocimiento de la presente demanda, ha de llevarse a cabo en atención a las previsiones del Reglamento UE 1215/2012, de 12 de diciembre, sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia Civil y Mercantil en la UE (Reglamento 1215/2012 en lo sucesivo), que viene a suceder al anterior Convenio de Bruselas, aplicado en las resoluciones judiciales tenidas en cuenta en la resolución ahora apelada, en especial alguna de las sentencias que se transcriben por la



apelada y en el auto ahora revisado. El Reglamento UE 1215/2012 es aplicable a partir del 10 de enero de 2015, con excepción de los artículos 75 y 76, que serían aplicables a partir del 10 de enero de 2014, siendo desde entonces obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros con arreglo a los Tratados ( artículo 81). Constando la concurrencia de los presupuestos, de índole material, personal y temporal, que condicionan la aplicación del Reglamento, en atención a lo dispuesto en sus artículos 1.2 y 80.2. Lo expuesto se corresponde con lo establecido en el artículo 36 de la LEC, según el cual la extensión y límites de la jurisdicción de los Tribunales civiles españoles se determinará por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. Por otro lado, con independencia de que la representación de la apelante reproduzca o no en el recurso su argumentación sobre el carácter de derecho real de propiedad del objeto del contrato, lo cierto es que han de resolverse en este auto las cuestiones suscitadas a propósito de la jurisdicción de los Tribunales españoles en este tipo de contratos que, por su fecha, están sujetos materialmente a la Ley 42/1989, de 6 de julio, de Contratos de Aprovechamiento por Turno de Bienes de Uso Turístico - la llamada inicialmente "Multipropiedad" -, aunque a estos efectos sea también aplicable la normativa de la disposición legal que la sucedió, la citada Ley 4/2012, de 6 de julio, "de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias", por lo que hemos de confirmar, al hilo de lo que declara el Tribunal Supremo en su sentencia 16/2017, de 16 de enero, que del propio contenido del contrato litigioso se desprende que, en realidad, estamos ante un contrato por el que se constituye un derecho de uso sin que se exprese que tenga carácter real o personal, y que, según su contenido objetivo, no supondría indubitadamente la constitución de un derecho real sobre un bien inmueble concreto y diferenciado, en la medida en que, como se recoge en el mismo contrato, los puntos fraccionados objeto de adquisición confieren a los titulares el derecho a intercambiarlos por semanas de vacaciones, no solo en complejos sitios en España, sino también en diferentes "resorts" en otros lugares del mundo, sin que los puntos fraccionados transfieran ni otorguen el derecho de uso de ninguna propiedad asignada, y ello aun cuando se describa el objeto de identificación y se señale un Resort en particular. Los derechos de aprovechamiento por turnos deben recaer sobre alojamientos concretos, y es evidente que en el caso que nos ocupa nada se especifica en el contrato o acuerdo firmado, por lo que nos encontramos ante una indeterminación absoluta, también del periodo de semana a la que tenía derecho a disfrutar la actora. En consecuencia, "prima facie" y a los solos efectos de determinar si la jurisdicción española es la competente, debe concluirse que no cabe la invocación de la competencia exclusiva que se contempla en el artículo 24.1 del Reglamento 1215/2012, con arreglo al cual en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los órganos jurisdiccionales donde radica el inmueble ostentan competencia exclusiva y excluyente. Así resulta, además, de lo resuelto por el TJUE en sentencia de 13 de octubre de 2005 (asunto C-73/04), en la que dicho Tribunal declara que un contrato que no se refiere únicamente al derecho de utilización de un inmueble en régimen de tiempo compartido, sino que se refiere igualmente a la prestación de distintos servicios de un valor superior al del derecho de utilización del inmueble no constituye un contrato de arrendamiento de un bien inmueble en el sentido del artículo 3, apartado 2, letra a), de la Directiva 85/577 del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, por lo que respondió a la cuestión prejudicial planteada en el sentido de que el artículo 16, número 1, letra a), del Convenio de Bruselas, que establecía el mismo criterio que el artículo 24.1 del Reglamento 1215/2012, debe interpretarse en el sentido de que "no es aplicable a un contrato de adhesión a un club que, en contrapartida del pago de una cuota, que constituye el elemento dominante del precio total, permite a los socios adquirir y ejercer un derecho de utilización, en régimen de tiempo compartido, de un bien inmueble designado únicamente por su tipo y situación, y prevé la afiliación de sus socios a una organización en la que pueden intercambiar sus derechos de utilización". Encuadrada la cuestión en el régimen jurídico establecido en el Reglamento UE 1215/2012, sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia Civil y Mercantil en la Unión Europea, a la luz de los motivos de impugnación formulados por la representación de la apelante, ha de pronunciarse la Sala sobre si las conclusiones alcanzadas por el juzgador se corresponden con una correcta aplicación de la normativa jurídica aplicable, a cuyo efecto este Tribunal tiene que constatar, con carácter de dato esencial, la concurrencia en la demandante de la condición de consumidora, a los efectos de ser destinataria de la protección que a éstos brinda el ordenamiento jurídico, con reflejo en las disposiciones del propio Reglamento. Para ello ha de acudir al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, norma que viene a transponer las directivas comunitarias en materia de protección de los consumidores y usuarios. La Exposición de Motivos del RDL 1/2007 se pronuncia en el sentido de que el consumidor y usuario, definido en la Ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. En este sentido, el artículo 3 establece la siguiente definición: A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno



a una actividad empresarial o profesional. Siendo patente que la expresada definición de consumidor resulta plenamente aplicable a los contratantes hoy demandantes y ahora apelantes. Concretamente, en el ámbito de los contratos celebrados entre un consumidor y un empresario/profesional las normas de competencia tienen carácter imperativo, de manera que sólo pueden considerarse prevalentes los acuerdos de sumisión en los supuestos previstos en el propio Reglamento (artículo 19), sin que en este caso sean aplicables las normas generales sobre prórroga de la competencia (artículo 25), lo que encuentra justificación en los considerandos del Reglamento que, en lo que atañe a los contratos celebrados por los consumidores, expresan que debe protegerse a la parte más débil mediante normas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las normas generales (considerando 18). Pues bien, en primer lugar y con carácter previo a entrar en otras consideraciones, hemos de decir que un acuerdo de sumisión a los Tribunales de otro Estado, para que excluya la competencia de los Tribunales españoles, ha de cumplir estos dos requisitos: el acuerdo ha de ser válido conforme a las normas de Derecho interno del Estado miembro designado en el acuerdo; y ha de tratarse de un acuerdo que atribuya la competencia "con carácter exclusivo" a dichos Tribunales. El primero de los requisitos tiene importancia en estos casos, puesto que se trata de un contrato de adhesión con un condicionado general suscrito por consumidores con la empresa demandada, de manera que, si bien es cierto que, como ya ha quedado dicho, conforme al Reglamento 1215/2012, habría que estar a las normas de derecho interno del Estado miembro designado, tal y como se señala en el considerando vigésimo, según el cual "La cuestión de si un acuerdo atributivo de competencia en favor de un órgano jurisdiccional determinado de un Estado miembro o de sus órganos jurisdiccionales en general es nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material debe decidirse con arreglo al Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional o de los órganos jurisdiccionales designados en el acuerdo, incluidas las normas sobre conflictos de leyes de dicho Estado miembro"; lo que tiene su reflejo en el artículo 19.3 "in fine", puesto que establece que prevalecerán, y tendrán efecto derogatorio del resto de los criterios establecidos en la Sección Cuarta, los acuerdos entre el consumidor y el otro contratante, domiciliados ambos o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, que atribuyan competencia a los órganos de dicho estado, pero siempre que la ley de este Estado no prohíba tales acuerdos. Lo cierto es que, sin embargo, la representación de "Continental Resort Services", o en otros casos la de "Club La Costa (UK) PLC, Sucursal en España" - que se dicen mandatarias de "CLC Resort Developments Limited", domiciliada en Reino Unido -, que sustenta su defensa de la competencia de los tribunales ingleses sobre el pacto de sumisión contractual, no acredita que la legislación del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte no prohíba pactos con consumidores, ni la parte apelante acredita tampoco el contenido y significado de la legislación británica, por lo que, habiendo de resolver esta Sala conforme a los términos planteados por la parte que formuló la cuestión de competencia, que ni siquiera se atuvo a lo dispuesto en el apartado cuarto del artículo 22-ter de la LOPJ, solicitando, en virtud de este acuerdo, la suspensión del procedimiento a la espera de pronunciamiento de los tribunales del Reino Unido, sino que interesó que se declinara la competencia, y es lo que ha acogido el auto apelado, sin que conste, por otra parte, que se haya promovido procedimiento alguno en el Reino Unido para que se pronuncien los tribunales de dicho Estado miembro, la decisión del recurso aboca necesariamente a lo dispuesto en el artículo 67 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, según el cual "La ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores y usuarios se determinará por lo previsto en el Reglamento (CE) nº 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), así como por las demás disposiciones del Derecho de la Unión Europea que les sean de aplicación", pero "cuando no se haya podido determinar el contenido de la ley extranjera, se aplicará subsidiariamente la ley material española", de manera que habría que aplicar dicha normativa tuitiva de los consumidores, en lo que abunda el apartado segundo del mismo artículo disponiendo que: "Las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en los artículos 82 a 91, ambos inclusive, serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo". Enmarcada esta primera cuestión sobre la validez del acuerdo contractual, por tanto, en el régimen establecido en la referida Ley, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, con arreglo al artículo 90, el pacto no carecería de validez puesto que no establece sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponde al domicilio de los consumidores demandantes, puesto que residen en el Reino Unido. No obstante lo anterior, lo cierto es que la sumisión a los tribunales ingleses se establece con carácter "no exclusivo", es decir, conforme a la voluntad expresa de las partes, y se destruye la presunción de exclusividad en los términos que previene el propio Reglamento 1215/2012 en su artículo 25, en el que se viene a decir que los acuerdos de sumisión se considerarán exclusivos, salvo pacto en contrario entre las partes, como es el caso. Ello significa que, en este caso, un acuerdo de sumisión no exclusiva a los tribunales ingleses no es excluyente de la jurisdicción de los Tribunales españoles, y ello concuerda con lo establecido en el artículo 36.2.2ª de la LEC, con arreglo al cual los Tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer los asuntos que se les sometan cuando, en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido "con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado". Así



se decía ya en el auto de fecha 7 de julio de 2014, en el Rollo de apelación 133/2014 de esta Sala, y se reitera en otros autos posteriores y también ahora que, si el pacto estableciera la competencia exclusiva (en este caso, de los tribunales ingleses), éstos serían los únicos llamados por ese pacto, derogando la competencia del resto de tribunales que podrían tenerla en principio; pero si el acuerdo de sumisión es "no exclusivo" no entrañará esa eficacia derogatoria, sino que supone que las partes se someten a los tribunales ingleses, pero sin excluir la competencia de los tribunales españoles si la tuvieran con arreglo a las disposiciones del propio Reglamento y a las de la LOPJ. Como quiera que el pacto invocado por la demandada, e incluido como condición general en el contrato de adhesión establece la sumisión "no exclusiva" a los tribunales ingleses, no puede considerarse un pacto excluyente de la jurisdicción de los tribunales españoles ni que, con arreglo al artículo 19 del Reglamento 1215/2012, excluya la aplicación del resto de los criterios establecidos en la Sección Cuarta del mismo; de modo que, de conformidad con el artículo 18.1, ya citado, dado que la demandante, si bien es consumidora, está domiciliada en el Reino Unido de la Gran Bretaña, resulta esencial la determinación del domicilio de la entidad demandada. Y en este punto queda acreditado que la Propietaria de los Derechos es la mercantil "CLC Resort Developments Limited", y que la vendedora es "Club La Costa (UK) PLC" domiciliada registralmente en Reino Unido; por lo que, en el caso de autos, la mercantil relacionada con la demanda "Continental Resort Services S.L.", sociedad participada de "Club La Costa Resort Developments Limited", propietaria de los Derechos, al ser equiparable a una Sociedad de Responsabilidad Limitada en Derecho español y disponer de su principal establecimiento y explotación en territorio español (Mijas, Málaga) se debe entender, por tanto, en atención al artículo 9º de la Ley de Sociedades de Capital, que su domicilio se encuentra en España. En cuanto al pacto de sumisión, es preciso traer a colación el auto dictado por esta Sala en fecha 7 de febrero de 2019: "En cuanto al pacto contractual de sumisión expresa (cláusula 5 del contrato) que establece que el contrato se interpretará de conformidad con la Ley inglesa y se someterá a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales ingleses, el artículo 25-R establece que, si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal órgano jurisdiccional o tales órganos jurisdiccionales serán competentes, a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes. Sin embargo, el apartado 4º establece que no surtirán efecto los acuerdos atributivos de competencia ni las estipulaciones similares de documentos constitutivos de un "trust" si son contrarios a las disposiciones de los artículos 15, 19 o 23, o si excluyen la competencia de órganos jurisdiccionales exclusivamente competentes en virtud del artículo 24. Es decir, siendo consumidor el actor y optando por el fuero del domicilio de la mercantil demandada, únicamente pueden prevalecer sobre esta disposición (artículo 19) los acuerdos: 1º) posteriores al nacimiento del litigio; 2º) que permitan al consumidor formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la presente sección; o, 3º) que habiéndose celebrado entre un consumidor y su contratante, ambos domiciliados o con residencia habitual en el mismo estado miembro, atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales de dicho estado miembro, a no ser que la ley de éstos prohíba dichos acuerdos". Por tanto, si bien el artículo 22-ter.4 de la LOPJ permite la exclusión mediante acuerdo de elección de foro a favor de un Tribunal extranjero de la competencia establecida conforme al artículo 1 - domicilio en España del demandado y contratos celebrados en materia de consumidores -, "debe entenderse, cuando este acuerdo es válido, y el acuerdo o sumisión que nos ocupa, tal y como consta pactado en el contrato (no se ha practicado prueba alguna sobre esta cláusula), es contrario a lo establecido en el Reglamento, dado que ambas partes contratantes (demandante y demandada) no tienen su domicilio en Inglaterra (ni el acuerdo es posterior a la celebración del contrato), y, en consecuencia, no puede prevalecer sobre lo establecido en el mismo, esto es, el derecho del consumidor a demandar a la otra parte contratante, ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro en que está domiciliada dicha parte (España), consideraciones por las que, en definitiva, el recurso habrá de ser estimado al ser competentes los tribunales españoles (y por extensión el Juzgado de Primera Instancia cuya resolución fue apelada)". Por otra parte, ya en los considerandos del Reglamento 1215/2012 se dice que "las normas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado. La competencia judicial debe regirse siempre por este principio, excepto en algunos casos muy concretos en los que el objeto del litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de conexión", y que "Respecto de las personas jurídicas, debe definirse el domicilio de manera autónoma para incrementar la transparencia de las normas comunes y evitar los conflictos de jurisdicción"; de forma que para la determinación de la jurisdicción aplicable se erige en dato esencial el domicilio de las partes contratantes, siendo objeto de definición específica dicho domicilio cuando la demandada es una persona jurídica, estableciendo el artículo 63 que: "1. A efectos del presente Reglamento, se entenderá que una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentra: a) su sede estatutaria; b) su administración central; o, c) su centro de actividad principal. 2. Para Irlanda, Chipre y el Reino Unido, la expresión "sede estatutaria" se equipará a la "registered office" y, en caso de que en ningún lugar exista una "registered office", al "place of incorporation" (lugar de constitución) o, a falta de





tal lugar, el lugar conforme a cuya legislación se haya efectuado la "formation" (creación) de la sociedad o persona jurídica". Bajo este prisma, tratándose del ejercicio de una acción de nulidad contractual, la válida constitución de la relación jurídica procesal impone que el litigio se sustancie entre quienes sean partes en el contrato cuya nulidad se postula; y estamos aquí ante un contrato denominado "acuerdo de adquisición" que tiene por objeto la adquisición de puntos fraccionados, definiendo su objeto como sistema flexible para reservar vacaciones en ubicaciones distribuidas en todo el mundo. Por otra parte, según la documentación presentada, la demandada pertenece al Grupo de empresas "Club La Costa", cuyo Centro de Administración y Gestión se encuentra en Mijas Málaga, Urbanización "Marina del Sol", en Carretera de Cádiz, Km 206, tal y como así lo recogen diversas sentencias de esta Audiencia y Sala y resoluciones de otros Tribunales como la Audiencia Provincial de Valencia, de la que se citan en el recurso varios autos. Todo ello ha determinado que en resoluciones anteriores se haya declarado que los tribunales españoles son competentes. Presentándose, por tanto, con la demanda indicios de actividad relevante en territorio español, lo cierto es que, conforme al principio de facilidad y disponibilidad probatoria que se establece en el artículo 217 de la LEC, a la demandada no le hubiera supuesto dificultad alguna acreditar que, al margen de que el domicilio social registrado o sede estatutaria de su matriz se halle formalmente en Londres, en el domicilio en España, como se dice, no radica efectivamente su administración central y el centro de actividad principal, destruyendo así la presunción de hecho que resulta de la existencia de ese grupo de empresas cuya su actividad, domicilio y administración se encuentra fuertemente vinculada a la que, según incluso la propia documentación publicitaria que presenta la parte demandada, sería matriz del grupo, lo que impide, incluso, comprobar si sus administradores difieren de los que lo son del resto de la sociedades referidas. En consecuencia, a efectos de competencia de los Tribunales españoles, en este caso en que se estableció en el contrato de adhesión un pacto de sumisión no exclusiva a los tribunales ingleses, ha de considerarse amparada la demandante como consumidora en lo dispuesto en el artículo 63 del Reglamento 1215/2012, en relación con el 18.1, para plantear su acción ante los Tribunales españoles, por lo que procede la estimación del recurso de apelación y la revocación del auto apelado. Al desestimarse la declinatoria formulada en la instancia, las costas correspondientes a la misma han de ser impuestas a la parte cuyas pretensiones han sido desestimadas, atendiendo al artículo 394.1 de la LEC que consagra en materia de gastos procesales el criterio objetivo del vencimiento.

**QUINTO.-** Considerando que, al prosperar el recurso y ser de aplicación a esta alzada en materia de costas el artículo 398 de la Ley Procesal, no debe hacerse especial atribución de las causadas con la apelación.

Vistos los preceptos citados y demás de aplicación general.

#### LA SALA ACUERDA

Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Doña Noelia contra la resolución de fecha treinta de julio de 2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Cinco de los de Fuengirola en sus autos civiles 1012/2017; y en su virtud revocar el auto apelado, cuyos pronunciamientos quedan sin efecto, declarando la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles, y de entre ellos la competencia de los órganos correspondientes al orden jurisdiccional civil, concretamente la del Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Fuengirola, para el conocimiento del presente proceso, que continuará por los trámites legales correspondientes. Todo ello sin expresa imposición de las costas procesales causadas en esta segunda instancia, y condenando a la promotora de la declinatoria a abonar las devengadas en la primera instancia de este incidente.

Notifíquese esta resolución en legal forma haciendo saber a las partes que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

Devuélvanse los autos originales, con testimonio de ella, al Juzgado de su procedencia a sus efectos.

Así lo acordaron, mandaron y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que componen la Sala consignados al margen, conmigo, la Letrada de la Administración de Justicia, de lo que certifico.