



Roj: **AAP MA 538/2020 - ECLI:ES:APMA:2020:538A**

Id Cendoj: **29067370052020200535**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **5**

Fecha: **30/10/2020**

Nº de Recurso: **71/2019**

Nº de Resolución: **518/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **HIPOLITO HERNANDEZ BAREA**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN QUINTA.
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO SEIS DE MARBELLA.
JUICIO ORDINARIO. INCIDENTE SOBRE COMPETENCIA INTERNACIONAL.
ROLLO DE APELACIÓN CIVIL NÚMERO 71/2019.

AUTO NÚM. 518/2020.

Illtmos. Sres.

Presidente

D. Hipólito Hernández Barea

Magistrados

D^a María Teresa Sáez Martínez

D^a María del Pilar Ramírez Balboteo

En Málaga, a treinta de octubre 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 Seis de Marbella, seguidos a instancia de Don Jose Miguel y de las entidades "Explotaciones Agrícolas y Urbanas El Rocío S.L." y "Norseman Properties Limited" contra la mercantil "ABN Amro Bank Luxembourg S.A."; pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la resolución dictada en el citado juicio, en la declinatoria planteada por la demandada. Siendo parte en el incidente de competencia internacional el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia número Seis de Marbella dictó auto de fecha 11 de julio de 2018 en el incidente de competencia del juicio ordinario del que este rollo dimana, cuya parte dispositiva dice así:

"Estimo la declinatoria por falta de COMPETENCIA INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES y, por ende, de este Juzgado de Marbella para conocer de la demanda interpuesta por la parte actora, por las razones expuestas en los fundamentos jurídicos de la presente, resultando competentes los Juzgados de LUXEMBURGO.

Las costas procesales derivadas del presente procedimiento se imponen a la parte demandante.

Firme que sea la presente, archívese el procedimiento."

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación la representación de los demandantes, 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



conviniere. 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 27 de octubre de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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, previa la tramitación procedente y en virtud de las alegaciones contenidas en el cuerpo de este escrito, estimase íntegramente el recurso y desestimase la declinatoria por falta de competencia internacional de los tribunales españoles, debiendo acordarse, en su lugar, desestimar la declinatoria propuesta por la demandada, alzando la suspensión del curso del procedimiento principal y continuando la tramitación del presente asunto por sus cauces. Alegó en primer lugar la infracción del artículo 18 del Reglamento (UE) nº 1215/12, de 12 de diciembre, y de la jurisprudencia europea que ha consagrado un criterio realista del concepto de domicilio para integrar la norma de competencia judicial internacional, así como la interpretación meramente formalista del juzgador. El auto objeto del presente recurso estima la declinatoria interpuesta con el consiguiente rechazo del conocimiento del asunto, en base a una argumentación marcada

por la ambigüedad y fragilidad jurídicas, y bordea (tan solo) el análisis sobre la concurrencia (o no) de la cualidad de consumidor en el actor, persona física, y lo hace de forma un tanto oscilante. Sin embargo, del análisis de la documental acompañada a la demanda resulta indiscutible que las partes intervinientes son de un lado, "ABN AMRO" como prestamista, y de otro, Don Jose Miguel, en su propio nombre y derecho, y no en calidad de administrador de ninguna mercantil. Sentado que es el único prestatario, pese a la ambigüedad de la resolución que nos ocupa sobre este extremo de capital importancia, el Sr. Jose Miguel como persona física, siendo el domicilio civil el lugar de residencia habitual de una persona (física), corresponde analizar cuál es ese lugar, para integrar la norma de competencia internacional. Y el concepto de residencia habitual del Reglamento Bruselas II bis ha de ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme para todos los Estados miembros y ha de buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa pretende alcanzar. Por residencia habitual debe entenderse, conforme al Tribunal de Justicia, el lugar donde la persona ha establecido su centro habitual o permanente de intereses, teniendo en cuenta todos los datos relevantes que puedan considerarse para determinar tal residencia. En el presente caso, el contrato de préstamo de fecha 23.3.11, del que dimana el restante entramado negocial, se celebró en España entre "ABN AMRO", como prestamista, que actuaba en España a través de su intermediaria, la entidad "Quantum" y Don Jose Miguel, de **nacionalidad** española, residente habitual en España y con domicilio fiscal en Brasil, como prestatario; lo que se confirma por el hecho de haber sido captado el cliente en España, cuando residía junto con su esposa e hijos en la finca hipotecada (sita en San Pedro de Alcántara), la cual constituía la vivienda familiar (por lo que la cancelación de la hipoteca que gravaba la misma constituye una finalidad que no es la propia de la actividad empresarial de ninguna de las mercantiles que, a su vez, no son parte en el contrato citado). En segundo lugar, alegó la infracción del artículo 2, letra b, de la Directiva 93/13 y de doctrina jurisprudencial del TJUE en cuanto a la determinación de la condición de consumidor, como concepto objetivo y no subjetivo. Sobre tan trascendental extremo la fundamentación del auto recurrido resulta anacrónica, por totalmente superada en el tiempo. Es la naturaleza de la finalidad o destino del préstamo, y no las características subjetivas del contratante, las que deben atenderse a efectos de determinar la concurrencia de la cualidad de consumidor. Sin embargo, el auto que nos ocupa deniega tal carácter porque el Sr. Jose Miguel, se nos dice, es empresario; se dice después que el préstamo tiene "en parte" como destino cancelar la hipoteca sobre "el inmueble", nada más; no pondera que el inmueble en cuestión constituya la vivienda habitual del Sr. Jose Miguel, persona física y único contratante del préstamo, por lo que, solo muy dudosamente, puede reputarse que dicha finalidad sea la propia de la órbita empresarial de la mercantil no contratante, que interviene únicamente en el contrato accesorio y lo hace como deudora hipotecante, y no atiende a las otras dos finalidades del préstamo, por lo que resulta un análisis un tanto reduccionista. A mayor abundamiento, conviene recordar que el ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física. En tercer lugar, alegó el carácter abusivo de la sumisión expresa unilateralmente impuesta al consumidor, y la infracción de la jurisprudencia europea al conceder el Juez validez a la cláusula contractual de sumisión, a todas luces asimétrica. En el auto recurrido se concluye que "no hay dato alguno que determine que la cláusula de sumisión es nula, puesto que ha sido pactada por las partes en virtud del principio de libertad de pacto, voluntariamente aceptada", cuando resulta grosera la asimetría de la mera lectura de la cláusula 29 del contrato de préstamo, en que se permite



libertad absoluta al prestamista (y solo a él) a la hora de elegir el país ante cuyos tribunales ejercitar acciones contra el cliente (parte débil del contrato). Pero es que, a mayor abundamiento, en la escritura de constitución de hipoteca en garantía del préstamo, otorgada en Marbella (España) en fecha 7.4.11, entre "ABN AMRO", de un lado, y de otro, el Sr. Jose Miguel en su propio nombre y derecho como prestatario y en representación (aquí y no en el contrato principal de préstamo) de la mercantil "Explotaciones Agrícolas y Urbanas El Rocío S.L.", (hipotecante no deudora), las partes pactan de modo expreso la sumisión a la ley española en cuanto al otorgamiento y ejecución de la escritura; y la sumisión a los Juzgados y Tribunales de Marbella el conocimiento de cualquier acción judicial derivada de la misma; el inmueble hipotecado, a su vez, se encuentra ubicado en España y fue adquirido por escritura otorgada asimismo en territorio español (Málaga). En cuarto lugar, alegó la infracción del artículo 35 del Reglamento "Bruselas I bis", y la incongruencia omisiva flagrante del auto recurrido. Si bien nos hallamos ante el ejercicio de una acción principal de nulidad contractual y, por tanto, de carácter personal, la estimación de la misma conllevaría automáticamente efectos jurídicos reales por cuanto operaría una mutación en la situación jurídica y registral del inmueble sito en España. La tutela judicial no es realmente tal si no es efectiva; y esa efectividad queda seriamente dañada cuando la alteración de la situación de los bienes o de las personas en el curso del procedimiento, buscada, aprovechada o, simplemente, producida, hace ilusoria la sentencia que se dicte. Es necesario prever medidas que aseguren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia; necesidad tanto más acuciante en aquellos procedimientos en que, al concurrir elementos transfronterizos, los riesgos de frustración de la efectividad de la sentencia se incrementan notablemente. Por todo lo cual, la estimación de la declinatoria planteada por el Banco demandado viene a vulnerar la tutela judicial efectiva de Don Jose Miguel que consagra el artículo 24 de la CE.

SEGUNDO.- Considerando que por la representación procesal de la parte apelada se pidió la confirmación de la resolución recurrida por sus propios fundamentos de derecho, con desestimación del recurso de apelación interpuesto de contrario, y que se mantuviesen, en consecuencia, los pronunciamientos contenidos en el auto; condenando expresamente a la parte recurrente al pago de las costas derivadas de la tramitación del presente recurso, añadiendo, tras relatar los antecedentes necesarios, que, en definitiva, el recurso de apelación no aporta nada nuevo que rebata las conclusiones, razonadas y motivadas, del juzgador. En su alegación primera los recurrentes aglutinan, sin orden, una serie de alegaciones tendentes a tratar de convencer de que el prestatario, D. Jose Miguel, tendría su domicilio en España. Nada más lejos de la realidad. La contraparte parece olvidar que constituye requisito "sine qua non" para poder invocar la competencia jurisdiccional por razón de la materia, de los artículos 17 a 19 del Reglamento que invoca ("competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores") la confluencia de dos requisitos cumulativos: que, además de estar domiciliada en España - cosa que no ha probado pese a la mayor facilidad probatoria y a la carga de la prueba que le compete (ex artículo 217 de la LEC) -, debe de tratarse de un consumidor. Así lo indica claramente el artículo 18 del Reglamento. Pues bien, tal y como correctamente señala el Juzgado en el auto recurrido, la falta de prueba respecto del domicilio en España de la parte prestataria impide aplicar el foro de competencia por razón de la materia de los artículos 7 a 19 del Reglamento. En definitiva, de la prueba documental aportada por "ABN AMRO" en su escrito formulando declinatoria, ha quedado debidamente acreditado lo siguiente: Que el prestatario tiene su residencia en los Estados Unidos de América (concretamente, en Miami, Florida), tal y como se desprende de los poderes para pleitos acompañados a la demanda y de los documentos aportados con la declinatoria, y ninguna prueba se aporta de adverso para tratar de rebatir tal extremo; que, con carácter subsidiario, el prestatario estaría domiciliado, en el momento de la firma del préstamo, en Brasil, concretamente en Río de Janeiro, según el contrato de préstamo y la escritura de hipoteca formalizada en garantía del préstamo objeto de litis, y, de nuevo, ninguna prueba se aporta de adverso para tratar de rebatir tal extremo; que, en cualquier caso, el prestatario no tiene su residencia habitual, ni su vivienda familiar, ni su domicilio, en España, concretamente, en la finca hipotecada sita en San Pedro de Alcántara, como parecen sostener los recurrentes, sin aportar siquiera indiciariamente prueba al respecto (como podrían ser recibos, censos electorales, declaraciones fiscales, etc.). Por otro lado, se niega de nuevo la afirmación, falsa y carente de soporte probatorio alguno, de que el préstamo se celebró en España: el contrato de préstamo objeto de litis está firmado en Luxemburgo el día 23 de marzo de 2011 y los recurrentes no han aportado indicio probatorio alguno en contra. A la vista de lo anterior, procede desestimar la alegación correspondiente a la alegada "infracción del artículo 18 del Reglamento", al no existir tal infracción, y confirmar que los Tribunales de España no tienen jurisdicción, pues de la documental que obra en autos no resulta que el domicilio de la parte demandante se encuentre en España. Tampoco concurre la infracción del artículo 2.b del Reglamento (Directiva): ausencia del carácter de consumidor de los recurrentes. Una vez más, los recurrentes hacen supuesto de la cuestión al tratar de incardinar a la parte prestataria en el concepto de "consumidor" del artículo 2.b de la Directiva 93/13/CEE, cuando ha quedado debidamente acreditado en los autos, además de confirmado tanto por el Ministerio Fiscal en su informe obrante en los autos, como por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Marbella en autos de Procedimiento de Ejecución Hipotecaria núm. 222/2017, que la parte prestataria no ostenta la



condición de consumidora. En aras a evitar reiteraciones innecesarias, esta parte se remite íntegramente a las alegaciones contenidas en su escrito formulando la declinatoria. Basta con confirmar que ha quedado acreditado que el prestatario, D. Jose Miguel , posee unos conocimientos de banca de inversión propios de un profesional, que actúa en el marco de su actividad profesional - administrador único de la sociedad cuya actividad es precisamente la compraventa de bienes inmuebles - y que el destino del crédito era ajeno al consumo, siendo su intervención la propia de un profesional dedicado a la promoción de su actividad comercial, que incluye la compraventa y arrendamiento de bienes inmuebles. Asimismo, y en relación a las otras recurrentes, nuestra doctrina jurisprudencial es unánime al entender que no pueden acogerse a la definición legal de consumidor, propia de la Directiva 93/13/CEE, que se refiere exclusivamente a las personas físicas. En definitiva, y con independencia de que la falta de prueba respecto de la condición de persona domiciliada en España del prestatario impediría, "per se", aplicar el foro de competencia por razón de la materia de los artículos 17 a 19 del Reglamento invocados de adverso, no se da la condición de consumidor en las recurrentes. En cuanto a la plena validez del pacto de sumisión expresa a los tribunales de Luxemburgo, cabe añadir frente a las afirmaciones de los recurrentes respecto del supuesto carácter abusivo de tal cláusula contenida en el contrato de préstamo, que ha quedado acreditada la plena validez y aplicabilidad de dicho pacto, incorporado por ambas partes en el contrato objeto de litis, invocado por esta parte para objetar a la competencia de los tribunales españoles. Validez del pacto de sumisión expreso que hace, en realidad, innecesario por irrelevante el análisis de la posible aplicación de otros foros de competencia judicial internacional con menor rango de prelación, tales como el foro general del domicilio del demandante, o el foro por razón de la materia previsto para los consumidores. En este sentido, ha quedado probado que existe un acuerdo expreso de las partes que atribuye competencia a los Tribunales de un Estado miembro, por lo que son los Tribunales de la ciudad de Luxemburgo (Luxemburgo) los únicos competentes para conocer de cualquier litigio que surgiera en relación con el préstamo objeto de la controversia, por lo que dicha competencia será exclusiva de los Tribunales acordados por las partes, que en este caso son los Tribunales de la ciudad de Luxemburgo (Luxemburgo). En virtud del artículo 25 del Reglamento, pues, las partes, con independencia de su domicilio, han acordado, por escrito, que sean los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro (Luxemburgo) los competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión del contrato de préstamo objeto de litis. Siendo dicho pacto o acuerdo de sumisión expresa perfectamente válido y eficaz, con independencia de la potencial nulidad del resto del contrato de préstamo invocada de adverso - que negamos -, según prevé el artículo 25.5 del Reglamento. En este caso se da, además, la circunstancia, acreditada, de que dicho pacto de sumisión expresa fue negociado individualmente y expresamente aceptado por la parte recurrente prestataria, lo que conlleva que no puede razonablemente cuestionarse su validez. Es decir, el prestatario declaró haber leído y entendido las Condiciones Particulares de los Préstamos, en particular, la relativa a la sumisión a los juzgados de la ciudad de Luxemburgo (29), y declara expresamente aceptarla. En definitiva, no cabe acoger ningún argumento respecto de la supuesta abusividad del pacto de sumisión al que nos venimos refiriendo, que ha quedado acreditado que es plenamente válido al amparo de la normativa de competencia judicial internacional de aplicación, y que excluye la jurisdicción de los Tribunales civiles españoles, quienes, por tanto, carecen de competencia internacional para conocer del procedimiento objeto de la litis. Finalmente, los recurrentes formulan una alegación, confusa, relativa a una supuesta incongruencia omisiva del auto recurrido, al no abordar la solicitud de medida cautelar consistente en la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad de la finca gravada con garantía real, formulada por las recurrentes mediante otrosí en su demanda. Y esta parte no alcanza a entender el reproche que formula la parte recurrente al auto en este punto, pues resulta evidente que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 36.2.2º de la LEC, los tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer de 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. Obviamente, si el Juzgado, de forma razonada y motivada, ha concluido que, en virtud del artículo 25 del Reglamento, las partes han acordado la sumisión expresa a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro (Luxemburgo) para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión del contrato de préstamo objeto de litis, y por ello estima la declinatoria por falta de competencia internacional de los tribunales españoles para conocer de la demanda interpuesta por la parte recurrente, y ello en buena lógica incluye el conocimiento de cuantas solicitudes hayan podido formularse por los recurrentes junto a dicha demanda. Por todo lo anterior, procede la desestimación íntegra del recurso de apelación formulado por los recurrentes y la inevitable confirmación íntegra del auto recurrido, condenando expresamente a la parte recurrente al pago de las costas derivadas de la tramitación del presente recurso.

TERCERO.- Considerando que el Fiscal, en el trámite preceptivo de audiencia en las cuestiones de jurisdicción o competencia, informó que, en base a los propios razonamientos en los que se basa la parte dispositiva de la resolución recurrida, se oponía al recurso y solicitaba su confirmación al considerar que la interpretación puesta en tela de juicio por el recurrente no es "una argumentación marcada por la ambigüedad y fragilidad jurídica", sino todo lo contrario, un análisis pormenorizado de la condición de consumidor y del domicilio del



mismo. No pondrá el Ministerio Público calificativo a los elementos de prueba aportados por la parte para acreditar dichos extremos tan trascendentales, aunque fuera dicha definición "con los debidos respetos y en estrictos términos de defensa"; y si bien es cierto, como afirma el recurrente, que esta residencia debe ser un "vínculo objetivo, real y serio", dichas notas no podemos atribuírselas a la residencia alegada por el Sr. Jose Miguel tal y como se analiza en la resolución recurrida. La demanda pretende la declaración de nulidad del contrato de préstamo de 23 de marzo de 2011 suscrito tan sólo por el Sr. Jose Miguel, por lo que sólo hay que analizar su residencia, y de la documentación aportada se constata, como la resolución determina: que dicho contrato se celebró el 23 de marzo de 2011 en Luxemburgo (documento 4 de la demanda); que en dicho contrato el Sr. Jose Miguel establecía su domicilio en Río de Janeiro, Brasil, (documento 4 de la demanda); que el poder otorgado en el presente procedimiento por el Sr. Jose Miguel se realiza en Miami, Estados Unidos (documento 1 de la demanda), lo que podría hacer presuponer que su residencia es allí, aunque en el mismo se siga afirmando que su domicilio es en Brasil. El recurrente afirma que dicho contrato cuya nulidad se insta no se firmó en Luxemburgo, sino en San Pedro de Alcántara (Málaga), pero sin aportar ninguna prueba objetiva que acredite dicho extremo, dado que el documento 5, elaborado en Marbella, es una escritura de hipoteca en garantía de préstamo, en el que por cierto el Sr. Jose Miguel no afirma tener domicilio en Territorio Nacional, y no es objeto directo del presente procedimiento dado que la acción de nulidad se pretende sobre el contrato principal, no sólo de los suscritos derivados del mismo respecto de terceros como sería el presente y respecto de los cuales sí podría alegarse el domicilio de las entidades también demandantes y de la finca hipotecada. Pero eso no es el objeto de presente procedimiento que se circunscribe a la nulidad del contrato inicial de préstamo celebrado el 23 de marzo de 2011. Podemos aceptar, como hace el recurrente, que "la residencia habitual en España en el sentido requerido por el Reglamento Bruselas II bis, como centro social de vida y lugar en el que el interesado ha fijado voluntariamente su centro de intereses no quede desmentida pues ni por su permiso de residencia ni por su domicilio fiscal ni por su vinculación residencial posteriormente con Miami", pero no podemos afirmar, como hace el recurrente, que por ostentar la **nacionalidad** española de origen el Sr. Jose Miguel tenga su residencia en San Pedro de Alcántara en la propiedad cuya titularidad es de la empresa codemandante "Explotaciones Agrícolas y Urbanas El Rocío S.L.". Aceptar esta premisa es ilógico jurídicamente en estrictos términos probatorios y sería tal como afirmar que el domicilio del Sr. Jose Miguel se encuentra en Bilbao porque fue su lugar de nacimiento. Es por ello que el Fiscal solicita la confirmación del auto recurrido en todos sus extremos al considerar que es ajustada a Derecho, conforme a la prueba aportada, la interpretación efectuada tanto del concepto de consumidor como del domicilio del mismo, en base al Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre, de Bruselas.

CUARTO.- Considerando que el Juez "a quo", con cita del artículo 21 de la LOPJ y teniendo en cuenta el Reglamento (UE) 1215/2012 de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, examina el contenido de la demanda, el escrito de declinatoria de la parte demandada y el informe del Ministerio Fiscal, y acuerda estimar la declinatoria formulada entendiéndolo que carece de competencia internacional o jurisdicción para el conocimiento del presente proceso, y ello en base a los siguientes argumentos: la parte demandante entiende que este Juzgado es competente invocando el carácter de consumidor, entendiéndolo por ello que no opera la cláusula de sumisión, la cual no es válida. Frente a ello, la parte demandada defiende la validez de la cláusula de sumisión al no tener condición de consumidora la parte demandante y, aun cuando no operara la cláusula de sumisión, entiende que concurre falta de jurisdicción de los Tribunales Españoles. Por su parte, el Ministerio Fiscal se ha adherido a la declinatoria entendiéndolo que este Juzgado carece de competencia internacional por los motivos esgrimidos en su escrito. Pues bien, en primer lugar, analiza el Juez la cláusula de sumisión recogida en el préstamo, en virtud de la cual las partes se someten a la jurisdicción de los Tribunales de Luxemburgo, tal y como resulta de la cláusula 29 de las Condiciones Particulares de los préstamos (documento 3). En este sentido, el artículo 25 del Reglamento antes referido establece que "un acuerdo atributivo de competencia que forme parte de un contrato será considerado como un acuerdo independiente de las demás cláusulas del contrato. La validez del acuerdo atributivo de competencia no podrá ser impugnada por la sola razón de la invalidez del contrato". Dicho lo anterior, tiene en cuenta el Juez que la cláusula de sumisión no opera cuando hay foro de competencia exclusiva, lo que ocurre en materia de consumidores, por lo que analiza seguidamente la condición de consumidor de la parte demandante. El 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, prevé en su artículo 3º que, "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". Y razona el juzgador que, en el presente caso, pese a que el demandante es una persona física, y a priori pudiera inferirse en un primer momento el carácter de consumidor, sin embargo, de la documental aportada resulta que el mismo actúa en su propio nombre y como administrador de las dos mercantiles también demandantes. Consta expresamente que el mismo es empresario y que el préstamo tiene como destino en parte la amortización del préstamo



existente con "Cajamar, Caja Rural S. C. de Crédito en España", con el fin de cancelar la hipoteca vigente sobre el inmueble. El prestatario tiene su residencia en Miami (Florida), tal y como resulta de los poderes aportados como documentos 1 y 3, y documento 7; al tiempo de la firma del préstamo, el prestatario estaba domiciliado en Brasil (documento 4 y documento 5). En este sentido, el artículo 18 determina que "la acción entablada por un consumidor contra la otra parte podrá interponerse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliada dicha parte o, con independencia de la otra parte, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté domiciliado el consumidor". En el presente caso no hay prueba de que el demandante (para el caso de que se admitiera su carácter de consumidor) tenga su domicilio en España, puesto que de la documental aportada no resulta acreditado tal extremo, y de la misma no resulta tampoco que las dos mercantiles actúen con carácter ajeno a su actividad profesional. Por otro lado, el préstamo cuya nulidad se invoca ha sido celebrado en Luxemburgo; el prestatario tiene su domicilio en Miami (Florida) y la entidad prestamista (ahora demandada) tiene su domicilio en Luxemburgo. No apreciando la condición de consumidor de la parte demandante, no resulta de aplicación el fuero exclusivo por razón de la materia previsto en los artículos 17 a 19 del Reglamento. Por otro lado, no resulta de la prueba documental dato alguno que determine que la cláusula de sumisión es nula, puesto que ha sido pactada por las partes en virtud del principio de libertad de pacto, y voluntariamente aceptada por las partes. Dicho lo anterior, teniendo en cuenta lo previsto en los artículos 17 y siguientes del Reglamento 1215/2012 antes referidos y la cláusula de sumisión, al amparo del artículo 25, ha de concluirse que los tribunales de España no tienen jurisdicción, pues de la documental que obra en autos no resulta que el domicilio de la parte demandante se encuentre en España. Así, la demandada tiene su domicilio fuera de España, en concreto en Luxemburgo. El Sr. Jose Miguel demanda en su propio nombre y derecho, y como administrador de "Explotaciones Agrícolas y Urbanas El Rocío S.L." y de "Norseman Properties Limited". No hay una sola referencia en la demanda que indique que el domicilio del demandante se encuentre en España. Además, figura como prestatario tan solo el Sr. Jose Miguel y no las dos mercantiles antes mencionadas, y el préstamo ha sido firmado en Luxemburgo el 23 de marzo de 2011, no siendo Marbella el lugar donde ha nacido o deba de surtir efecto la relación jurídica, y ello atendiendo al derecho interno, de conformidad con lo previsto en el artículo 51 de la LEC. A la vista de tal documentación y entendiendo que las alegaciones efectuadas por la parte demandante no resultan acreditadas con la documental aportada a tal efecto, aplicando los fueros competenciales recogidos en el Reglamento, los Juzgados de Marbella carecen de jurisdicción (competencia internacional) para conocer de la presente demanda, tal y como se dijo en los párrafos anteriores. Por todo lo expuesto, estima el Juez la declinatoria formulada por la parte demandada, declara la falta de jurisdicción de los Tribunales Españoles (competencia internacional) y, por ende, de este Juzgado de Marbella para conocer de la demanda interpuesta por la parte actora, resultando en aplicación del Reglamento (CE) 1215/2012 la competencia de los Juzgados de Luxemburgo para conocer del presente proceso. En materia de costas, las originadas en el presente procedimiento se imponen a la parte actora en aplicación del artículo 394.1 de la LEC.

QUINTO.- Considerando que, reitera la parte recurrente en la apelación los argumentos que el auto recurrido viene a analizar y desestimar; invoca la infracción del artículo 18 del Reglamento (UE) 1215/12, de 12 de diciembre, y de la jurisprudencia europea que consagra un criterio realista del concepto de domicilio para integrar la norma de competencia judicial internacional. En segundo lugar, la infracción del artículo 2, letra b, de la Directiva 93/13 y de la doctrina jurisprudencial del TJUE sobre la determinación de la condición de consumidor como concepto objetivo y no subjetivo. En tercer lugar, el carácter abusivo de la sumisión expresa unilateralmente impuesta al consumidor, y la infracción de la jurisprudencia europea al conceder el Juez validez a la cláusula contractual de sumisión, a todas luces asimétrica pues se permite libertad absoluta a la prestamista a la hora de elegir el país ante cuyos tribunales ejercitar acciones contra el cliente, que es la parte débil del contrato. Y, en cuarto lugar, la infracción del artículo 35 del Reglamento "Bruselas I bis", y la incongruencia omisiva flagrante del auto recurrido que viene a vulnerar la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución. Por sistemática procesal comenzará la Sala analizando este último argumento del recurso. Como señala la ya clásica sentencia del TC de 2 junio de 1998, "conviene destacar, en primer lugar, cómo el deber de motivación, en principio, no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la "ratio decidendi" que ha determinado aquélla. En particular, hemos afirmado que es motivación suficiente la remisión hecha por el Tribunal Superior a la sentencia de instancia que era impugnada". Y ello es así porque, tras la aplicación de la jurisprudencia de pertinente aplicación al supuesto que nos ocupa, y realizando la valoración conjunta de la prueba practicada, se constata, en primer lugar, que los recurrentes pretenden, pura y simplemente, sustituir la argumentación y conclusiones jurídicas del auto recurrido por otras más convenientes a sus propios intereses, cuando resulta que dicha resolución se encuentra plenamente ajustada a derecho en los términos que la doctrina jurisprudencial viene aplicando



para supuestos análogos al que nos ocupa. Y llega la Sala a esta conclusión tras la interpretación lógica de la normativa aplicable, así como de la jurisprudencia del TJUE que se trae a colación, recordando que una resolución puede ser confirmada por remisión a la misma cuando, examinados en la alzada los autos, el Tribunal comparte los argumentos que se exponen en los fundamentos de derecho de la resolución apelada a los fines de sustentar su parte dispositiva; motivación que se reputa bastante para confirmar tal resolución, puesto que no queda desvirtuada en esta alzada por las alegaciones vertidas en el escrito de interposición de recurso; y en consecuencia puede y debe este Tribunal de segundo grado remitirse a dicha fundamentación a los fines de dar cumplimiento a la obligación que a Juzgados y Tribunales impone el artículo 120.3 de la Constitución Española, que no es otra cosa que el dar a conocer a las partes las razones de sus decisiones, obligación que está inmersa de la misma manera en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Como bien indica la parte apelada al oponerse al recurso deducido de contrario, constituye requisito "sine qua non" para poder invocar la competencia jurisdiccional de los tribunales españoles por razón de la materia, en el marco de los artículos 17 a 19 del Reglamento invocado - "competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores" -, que, además de estar domiciliado en España quien lo alega, se trate de un consumidor; y así lo indica claramente el artículo 18 del Reglamento. Y es lo cierto que la demanda se formaliza por los demandantes, ahora recurrentes, contra la entidad bancaria demandada, solicitando la declaración de nulidad de un contrato de préstamo - también de los contratos de garantía relacionados - celebrado entre el prestatario, que aparece en la documentación domiciliado en Brasil y residente en Estados Unidos; y ello se desprende del propio contrato, de los poderes para pleitos presentados por la parte demandante y de la restante documentación que se aporta, y la entidad bancaria prestamista, domiciliada en Luxemburgo, que es el lugar de celebración de dicho contrato de préstamo. Siendo también cierto que, junto a las demás cláusulas contractuales, existe un pacto de sumisión expresa a los tribunales de Luxemburgo, que aparece libremente consentido y aceptado por las partes, siendo por ello válido, ante la falta de condición de consumidor del Sr. Jose Miguel y de las empresas también demandantes y recurrentes. Respecto del domicilio, a pesar de las alegaciones de la parte recurrente, es evidente, como señala el Juez en el auto recurrido, que la falta de prueba respecto del domicilio alegado en España del prestatario impide aplicar el foro de competencia por razón de la materia de los artículos 7 a 19 del Reglamento. Y es que la prueba documental aportada por la entidad demandada junto a su escrito en que formula la declinatoria acreditado que el prestatario, Sr. Jose Miguel, tiene su residencia, al tiempo de firmar los poderes para pleitos acompañados a la demanda, en la localidad de Miami, en el Estado de Florida, en los Estados Unidos de América; y así se desprende también de los documentos aportados con la declinatoria, sin que ninguna prueba se aporte por los demandantes para tratar de rebatir tal extremo. Es más, de forma subsidiaria, como apunta la apelada en su escrito de oposición al recurso, el prestatario Sr. Jose Miguel, estaría domiciliado, en el concreto momento de la firma del préstamo, en Río de Janeiro (Brasil), según obra en el contrato y en la escritura de hipoteca formalizada en garantía del préstamo, sin que frente a este otro hecho ninguna prueba se aporte para tratar de rebatir tal extremo. Y como bien concluyen el juzgador y la entidad apelada, "en cualquier caso, el prestatario no tiene su residencia habitual, ni su vivienda familiar, ni su domicilio, en España... en la finca hipotecada sita en San Pedro de Alcántara, como parecen sostener los recurrentes, sin aportar siquiera indiciariamente prueba al respecto (como podrían ser recibos, censos electorales, declaraciones fiscales, etc.)". Analizando ahora la condición de consumidor que esgrime el Sr. Jose Miguel, y que debe rechazarse de plano para las dos empresas que lo acompañan como demandantes en este proceso, es de ver que la cláusula de sumisión no opera cuando hay un foro de competencia exclusiva, lo que ocurre en materia de consumidores, por lo que acierta el juzgador cuando analiza seguidamente si concurre la condición de consumidor en el citado codemandante. La norma a tener en cuenta es el artículo 3º del 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, que define tal concepto jurídico: "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". Y, partiendo efectivamente de que el Sr. Jose Miguel es una persona física - cualidad que podría hacer presumir su carácter de consumidor -, entiende al analizar la documental aportada que actúa en el contrato, no solo en su propio nombre, sino también como administrador de las dos mercantiles que son también demandantes. "Consta expresamente que el mismo es empresario y que el préstamo tiene como destino en parte la amortización del préstamo existente con "Cajamar, Caja Rural S. C. de Crédito en España", con el fin de cancelar la hipoteca vigente sobre el inmueble". Cierto es que el inmueble era suyo al tiempo del negocio inicial y que quedó, a través de la hipoteca, como garantía inmobiliaria de lo debido por la actividad industrial o comercial del Sr. Jose Miguel y sus empresas; y por ello no es de recibo para sustentar la cualidad de consumidor que con el préstamo ahora en cuestión se pretenda "solo" levantar la garantía hipotecaria, ya que ésta deriva de los negocios precedentes y no del consumo del prestatario. Por ello debe denegarse el argumento de la infracción del artículo 2.b de la Directiva 93/13/CEE en tanto no se puede incardinar a la parte prestataria en el concepto de "consumidor" de dicho artículo, porque ha quedado debidamente acreditado en los autos, y en el Proceso



de Ejecución Hipotecaria 222/2017 del Juzgado de Primera Instancia número Siete de Marbella, que la parte prestataria no ostenta la condición de consumidora, y en concreto el Sr. Jose Miguel actúa en el marco de su actividad profesional como administrador único de la sociedad cuya actividad es la compraventa de bienes inmuebles, y que el destino del crédito inicial era ajeno al consumo pues se obtuvo en el marco de la actividad negocial de compraventa y arrendamiento de bienes inmuebles. Bajo este prisma - domicilio fuera de España y no consumidor - la cláusula de sumisión expresa que se integra en el contrato y que resulta pactada libremente entre las partes es válida, conforme a reiterada jurisprudencia del TJUE, en tanto que el contrato firmado ha sido negociado por los contratantes, sin que se acompañe un mero indicio de la afirmación del apelante sobre la asimetría, mientras resulta ciertamente ilógico decir que no ha sido redactado conforme al fruto de las negociaciones entre las partes. En cuanto a la normativa aplicable a las acciones derivadas de las obligaciones contratadas, está claro que serán las partes las que podrán elegir la ley aplicable y que en este caso, como dice el auto recurrido y partiendo de la interpretación que el juzgador realiza de la cláusula controvertida, resulta cierto que se eligió la ley de Luxemburgo y los tribunales de ese Estado, sin que podamos olvidar que nos encontramos ante dos estados miembros de la UE y por ende ante un conflicto denominado transfronterizo en que no concurre un tercer estado no perteneciente a la UE. El actual Reglamento admite, como el anterior, la validez de las cláusulas de sumisión expresa y en este sentido se razona jurisprudencialmente que "la resolución del conflicto debe partir de que en nuestro derecho vigente en virtud del artículo 21 de la LOPJ la competencia de la jurisdicción civil española viene determinada por lo dispuesto tanto en dicha ley como en los tratados internacionales en que España es parte. Así el artículo 25 del Reglamento (UE) 1215/2012 admite la validez y eficacia del pacto o acuerdo contractual en virtud del cual se somete a determinados tribunales nacionales el conocimiento de los litigios ya surgidos como los que puedan surgir con posterioridad, en relación a una determinada relación jurídica. Se establece así la competencia exclusiva de los Órganos a que se hubieran sometido salvo pacto en contrario, y se sienta el principio de admisión de la sumisión, salvo en determinadas materias y supuestos que se denominan de "competencia exclusiva" y que no vienen al caso. La sumisión puede celebrarse por escrito o verbalmente con confirmación escrita, "en una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieran establecido entre ellas" o "en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieran o debieran conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado", como ya indicaba el artículo 17 del anterior Convenio de Bruselas. En el caso que nos ocupa, es evidente la realidad y suscripción de tal cláusula de sumisión que esta Audiencia ha de considerar necesariamente como válida y eficaz al así haberlo establecido las partes por escrito, de una manera clara y perfectamente comprensible derivándose de su sola lectura la sumisión exclusiva a los Tribunales de Luxemburgo, donde se celebró el contrato, para cualquier litigio, dificultad de ejecución o interpretación ligadas al contrato citado y sus enmiendas. No hay ninguna oscuridad ni ninguna dificultad interpretativa y es por tanto plenamente válida conforme a las normas jurídicas citadas tanto el Convenio como el actual Reglamento. Por otra parte, es doctrina común que la validez de dicha sumisión precisa: de la presencia de acuerdo de voluntades, bien incorporado a la relación jurídica principal, contrato de préstamo en nuestro caso o formalizado de modo separado; de tal modo que de surgir controversia sobre la validez del acuerdo y vinculación de las partes por error o vicio en el consentimiento al negar el demandante eficacia a la cláusula que atribuye competencia a los órganos de un Estado miembro, la competencia para conocer de dicha disputa sobre el consentimiento corresponde a dicho Estado miembro, aplicando su normativa nacional: en nuestro caso, los tribunales de Luxemburgo. También la presencia de un litigio ya surgido o que pueda surgir con ocasión de determinada relación jurídica, evitando cláusulas genéricas o globales de atribución competencial. Que dicha relación litigiosa, ya surgida o que pueda surgir, presente bien elementos subjetivos, bien elementos objetivos o territoriales de carácter internacional, no siendo necesario que alguna de las partes esté domiciliada en el territorio de un Estado miembro, por lo que el artículo 25 del Reglamento (UE) 1215/2012 desplaza la aplicación del artículo 22-bis de la LOPJ, bastando que una de las partes cumpla esta exigencia. Que dicho acuerdo de sumisión esté redactado por escrito, o que siendo verbal sea confirmado por escrito, resultando tal acuerdo independiente en su validez y eficacia del negocio principal al que acompaña o se une posteriormente; validez y eficacia del acuerdo de atribución competencial cuyo conocimiento corresponde al tribunal de dicho Estado miembro, como se ha dicho. Y que, tratándose de pactos o acuerdos atributivos propios del comercio internacional, aquellos se adopten en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o puedan conocer, y que en dicho comercio sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en contratos del mismo tipo. Haciendo aplicación de tal doctrina y presupuestos legales al presente supuesto resulta que en el mismo concurren los requisitos exigidos para su validez, en cuanto: aparece redactado por escrito y unido al negocio principal, siendo asumido expresamente por el prestatario; dicha cláusula de sumisión a los tribunales de Luxemburgo es habitual en la contratación celebrada en dicha capital; dicha cláusula de sumisión era conocida por el prestatario en cuanto consta que fue informado de la misma como lo fue su equipo jurídico; tanto los elementos subjetivos como objetivos presentan elementos internacionales, por lo que la sumisión a un Estado



miembro resulta admisible en base a aspectos internacionales del proceso. Y no impide tal conclusión la alegada existencia de desconocimiento por el prestatario del contenido de dicha cláusula, así como que esté redactada en el seno del contrato, pues se trata de una estipulación que, aunque responda a un formulario, ello es debido a que en el contrato de préstamo mercantil resulta muy habitual la utilización de las condiciones generales de contratación con lo que el ahora actor no puede alegar desconocimiento o imposición de dicha cláusula. Y no puede aducir desconocimiento porque nuestra jurisprudencia ya tiene señalado que, al tratarse de empresarios acostumbrados a intervenir en el tráfico jurídico y comercial internacional - donde es usual y comúnmente aceptado sujetar las relaciones negociales a contratos-tipo, de adhesión o con condiciones generales (que habitualmente recogen usos comerciales) -, no cabe predicar de una parte contratante una posición negocial inferior o más débil de la que pueda abusar o aprovecharse el otro contratante. El simple hecho de que el contrato sea de adhesión no lo convierte en nulo de modo automático, pues determinadas formas de contratación, bien porque se realizan en masa, o bien porque responden a un número constante o elevado de transacciones, requieren uniformidad en su estructura y en sus cláusulas, lo que no quita para que las partes puedan negociar individualmente la aceptación, modificación o rechazo de algunas cláusulas o de aquellas esenciales que definen el contenido de la prestación. Por ello resulta sumamente difícil afirmar el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en las pólizas-tipo respecto de quien no es consumidor en el sentido de la indicada Directiva 93/13 CE o la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. A ello hemos de añadir que, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2007, "para que el uso al que se acomoda la forma de inclusión del acuerdo de elección del foro tenga virtualidad para atribuir validez y eficacia a éste es preciso que, desde luego, sea conocido o deba serlo por las partes en la relación jurídica concreta, pero, al tiempo, es necesario que sea ampliamente conocido por los operadores en el sector comercial considerado y regularmente observado por éstos, y no necesariamente por las partes de la relación jurídica, en los contratos del mismo tipo en dicho sector comercial". Señala la citada resolución que la expresión "sector comercial considerado" no puede ser interpretada en el sentido de atender al específico tráfico o a la concreta actividad que constituye el objeto de la relación jurídica litigiosa, sino que ha de estarse al género en donde se incluye ese específico tráfico o actividad. En definitiva, tanto el Juez de la primera instancia, como el de Primera Instancia número Siete de Marbella, como el Ministerio Fiscal, y como esta propia Sala, han concluido que los ahora recurrentes no son consumidores; que el Sr. Jose Miguel no tiene domicilio al tiempo de la celebración del contrato en España; que es válida la cláusula sita en el contrato de sumisión expresa a los Tribunales de Luxemburgo, donde se celebró; y que el auto recurrido motiva suficientemente su conclusión favorable al éxito de la declinatoria planteada; por lo que, en definitiva, el recurso de apelación debe desestimarse ya que insiste en el carácter de consumidor de uno de los recurrentes y en que pretendidamente ese recurrente tiene su domicilio en España, sin aportar ninguna prueba que confirme su alegado domicilio en San Pedro de Alcántara al tiempo del contrato, ni la condición de consumidor, y tampoco acredita que la cláusula de sumisión expresa sea nula. Todo ello "a pesar de la mayor facilidad probatoria que le asiste, y de la carga probatoria que, en virtud del artículo 217 de la LEC, recae sobre la parte demandante, ahora apelante. Procede, en consecuencia, la confirmación íntegra del auto recurrido, incluso en el pronunciamiento sobre las costas devengadas en la primera instancia del incidente de competencia internacional sobre el que ahora se resuelve en apelación.

SEXTO.- Considerando que, al no prosperar el recurso y ser de aplicación a esta alzada en materia de costas el artículo 398 de la Ley Procesal, debe condenarse a la parte apelante al abono de las causadas con la apelación.

Vistos los preceptos citados y demás de aplicación general.

LA SALA ACUERDA

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Jose Miguel , de la mercantil "Explotaciones Agrícolas y Urbanas El Rocío S.L." y de la entidad "Norseman Properties Limited" contra la resolución de fecha once de julio de 2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Seis de los de Marbella en sus autos civiles 243/2017, en el incidente de declinatoria; y en su virtud confirmar íntegramente dicho auto así como las resoluciones de que trae causa, con expresa condena de la parte apelante al abono de las costas causadas en esta alzada.

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

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

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