



Roj: **STS 5263/2024 - ECLI:ES:TS:2024:5263**

Id Cendoj: **28079119912024100017**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **30/10/2024**

Nº de Recurso: **5161/2022**

Nº de Resolución: **1427/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Fuengirola, núm. 5, 08-10-2020 (proc. 252/2019),
SAP MA 2042/2022,
ATS 1336/2024,
STS 5263/2024,
AATS 14727/2024**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 1.427/2024

Fecha de sentencia: 30/10/2024

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 5161/2022

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando Parcialmente

Fecha de Votación y Fallo: 25/09/2024

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA, SECCIÓN 4.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: LEL Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 5161/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 1427/2024

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente



D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Rafael Sarazá Jimena
D. Pedro José Vela Torres
D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán
D. José Luis Seoane Spiegelberg
D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 30 de octubre de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación e infracción procesal interpuesto por la mercantil Diamond Resorts Europe Limited, Sucursal en España, representada por el procurador D. José María Murcia Sánchez y bajo la dirección letrada de D. José María Macías Castaño y D. Álvaro Luna Yerga, contra la sentencia n.º 278/2022, de 9 de mayo, dictada por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Málaga en el recurso de apelación n.º 52/2021, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 252/2019 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Fuengirola, sobre declaración de nulidad y reclamación de cantidad. Ha sido parte recurrida D. Carlos Antonio y D.ª Dulce, representados por la procuradora D.ª Carmen Guerrero Claros y bajo la dirección letrada de D.ª

Tamara Cristina Gümmer

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1. D. Carlos Antonio y D.ª Dulce interpusieron demanda de juicio ordinario contra Diamond Resorts Europe Ltd., sucursal en España, en la que solicitaban se dictara sentencia en la que se declare:

«1. La nulidad de pleno derecho del contrato de aprovechamiento por turnos de fecha 01/05/13, n.º NUM000, celebrado entre las partes en Santa Cruz de Tenerife y, de cualesquiera otros contratos accesorios derivados de dicho acuerdo.

»2. La nulidad de pleno derecho del contrato de aprovechamiento por turnos de fecha 05/09/13, n.º NUM001, celebrado entre las partes en Santa Cruz de Tenerife y, de cualesquiera otros contratos accesorios derivados de dicho acuerdo.

»3. La nulidad de pleno derecho del contrato de aprovechamiento por turnos de fecha 02/10/14, n.º NUM002, celebrado entre las partes en Santa Cruz de Tenerife y, de cualesquiera otros contratos accesorios derivados de dicho acuerdo.

»4. La condena a Diamond Resorts (Europe) Ltd., Sucursal en España, a devolver a la parte actora el precio del contrato de fecha 01/05/13, n.º NUM000, que asciende a un total de 3.769,92 libras, (tres mil setecientas sesenta y nueve con noventa y dos libras esterlinas), más los intereses legales.

»5. La condena a Diamond Resorts (Europe) Ltd., Sucursal en España, a devolver a la parte actora el precio del contrato de fecha 05/09/13, n.º NUM001, que asciende a un total de 4.716 libras, (cuatro mil setecientas dieciséis libras esterlinas), más los intereses legales.

»6. La condena a Diamond Resorts (Europe) Ltd., Sucursal en España, a devolver a la parte actora el precio del contrato de fecha 02/10/14, n.º NUM002 que asciende a un total de 3.864 libras, (tres mil ochocientas sesenta y cuatro libras esterlinas), más los intereses legales.

»7. La condena a Diamond Resorts (Europe) Ltd., Sucursal en España, a abonar las costas de este procedimiento».

2. La demanda fue presentada el 13 de febrero de 2019 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Fuengirola, fue registrada con el n.º 252/2019. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3. Diamond Resort (Europe) Limited, Sucursal en España, promovió declinatoria por corresponder el conocimiento del proceso principal a los tribunales de Inglaterra. Esta declinatoria fue desestimada mediante auto de fecha 17 de junio de 2018.



4. Diamond Resort (Europe) Limited, Sucursal en España, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda, «por entender que esta parte ha dado debido y fiel cumplimiento a la Ley Inglesa de 2010; en consonancia con el propio contenido del contrato y la legislación europea aplicable en ese momento que era el Tratado de Roma de 1980».

5. Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Fuengirola dictó sentencia de fecha 8 de octubre de 2020, con el siguiente fallo:

«ESTIMANDO INTEGRAMENTE LA DEMANDA PRESENTADA POR D. Carlos Antonio y de Dña. Dulce frente a DIAMOND RESORTS (EUROPE) LTD, SUCURSAL EN ESPAÑA, DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de pleno derecho de los contratos de derecho de propiedad fraccional suscritos entre ambas en fechas 1 de mayo de 2013, 5 de septiembre de 2013 y 2 de octubre de 2014, con la consiguiente condena de la demandada a abonar a los demandantes el precio abonado por los citados contratos que asciende a un total de DOCE MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE CON NOVENTA Y DOS LIBRAS (12.349,92), su equivalente en euros. La citada cantidad devengará intereses legales desde la interposición de la demanda incrementado en dos puntos a partir de la fecha de la presente resolución. Procede condenar a la demandada al pago de las costas procesales causadas en el presente procedimiento».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Diamond Resorts (Europe) Limited.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, que lo tramitó con el número de rollo 52/2021 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 9 de mayo de 2022, con el siguiente fallo:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Murcia Sánchez en nombre y representación de DIAMOND RESORTS (EUROPE) LIMITED frente a la sentencia dictada el 8 de octubre de 2020 en el procedimiento de Juicio Ordinario n.º 252/2019 seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Fuengirola, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución; todo ello, con expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante».

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación*

1. Diamond Resort Europe Ltd., Sucursal en España, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Único.- Con base en el artículo 469.1.1º de la LEC: la sentencia ha infringido los arts. 17. y 18.1 del Reglamento UE 1215/2012, 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, por su indebida falta de aplicación, determinando con ello el foro competente al margen de las previsiones aplicables de los arts. 17.1 y 18.1. La competencia de la jurisdicción inglesa se invocó mediante la correspondiente declinatoria, y nuevamente fue invocada en el recurso de apelación contra la sentencia».

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Con base en el artículo 477.1 de la LEC: infracción del art. 6.2 del Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, en relación con los arts. 67.2 y 90.3 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en tanto que establece una interpretación de lo que haya de entenderse por "derecho extranjero" contraria a la que resulta del Reglamento europeo. Este motivo se interpone por interés casacional en la modalidad prevista en el art. 477.3 LEC de infracción de la jurisprudencia del TJUE, representada por la sentencia de 28 de julio de 2016 (C191/15, caso *Verein für Konsumenteninformation* contra *Amazon EU Sàrl*, ECLI: EU:C:2016:612)».

2. Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, la mercantil recurrente aportó las sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2023, asuntos C-821/21 y C-632/21. La parte recurrida y el Ministerio Fiscal presentaron alegaciones.

3. Se dictó auto de fecha 31 de enero de 2024, cuya parte dispositiva es como sigue:

«LA SALA ACUERDA:



»Admitir los recursos, extraordinario por infracción procesal y casación interpuestos por Diamond Resort Europe Limited contra la sentencia, de fecha 9 de mayo 2022, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 52/2021 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 252/2019 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Fuengirola».

4. La recurrente presentó nuevo escrito referido al cambio de criterio de la Audiencia Provincial de Málaga en la materia tras el dictado de las sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2023.

5. Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación e infracción procesal, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

6. Por providencia de 8 de abril de 2024 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para conocimiento del pleno de la sala el 25 de septiembre de 2024, fecha en que ha tenido lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

Se plantean como cuestiones jurídicas la competencia judicial internacional de los tribunales españoles y la ley aplicable a unos contratos de aprovechamiento por turno celebrados en España entre consumidores residentes británicos y la sucursal en España de una sociedad inglesa, domiciliada en Reino Unido.

Son antecedentes necesarios los siguientes.

1. El 13 de febrero de 2019, la representación procesal de Carlos Antonio y Dulce (ambos domiciliados en el Reino Unido) interpuso una demanda de juicio ordinario ante los Juzgados de Fuengirola frente a Diamond Resorts Europe Limited, Sucursal en España, con CIF W-8 262389-C y domicilio en Mijas-Costa (Málaga). En la demanda se solicitaba la nulidad de tres contratos de aprovechamiento por turno con la consiguiente restitución de las cantidades abonadas. La parte actora fundamentaba su pretensión, fundamentalmente, en su condición de consumidores y en lo establecido en la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turnos sobre bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias. Basaba la nulidad de los contratos, en síntesis, en razón de su abusividad, indeterminación del objeto, transmisión del turno antes de su válida constitución registral e infracción del régimen temporal obligatorio.

Los tres contratos habían sido suscritos por las partes en Santa Cruz de

Tenerife el 1 de mayo de 2013, el 5 de septiembre de 2013 y el 2 de octubre de 2014.

2. La representación procesal de la demandada planteó declinatoria por falta de jurisdicción alegando, en síntesis, lo siguiente: los actores son nacionales y residentes en Reino Unido; la demandada es nacional y tiene su domicilio en Inglaterra. Aunque la demandada tiene sucursal domiciliada en España, representa realmente a una empresa inglesa denominada Diamond Resorts (Europe) Ltd., con domicilio en Citrus House, Caton Road, Lancaster (UK); los contratos suscritos, en su condición 8, establecen lo siguiente: «este acuerdo se regirá por la ley inglesa y usted y nosotros acordamos hallarnos sujetos a la no exclusiva jurisdicción de los tribunales ingleses»; todas y cada una de las obligaciones dimanantes del contrato se han cumplido siempre en Inglaterra desde el año 2013, incluso antes; el pago del precio del contrato se realiza en libras a la empresa FNTC (Diamond Resorts), domiciliada en Lancaster, abonando el VAT inglés (el impuesto sobre el valor añadido en inglés: Value Added Tax).

La demandada considera de aplicación: los arts. 4.1, 7, 18, 19, 24 y 25 del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el Tratado de Roma de 1980 y el Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), en concreto su art. 3, y la ley inglesa de 2010 conocida como «The Timeshare, Holiday Products, Resale and Exchange Contracts

Regulations» (cita el art. 5 sobre normas de conflicto y ámbito de aplicación de la ley inglesa) y que, según dice, «sí considera el tipo asociativo», de acuerdo con la Directiva de 1994 y al igual que la ley española de 2012.

La parte demandante impugnó la declinatoria con apoyo en los siguientes argumentos: si bien los demandantes tienen su residencia en el Reino Unido, la demandada tiene su domicilio en España, en concreto, tiene su domicilio social en Mijas según el Boletín del Registro Mercantil de la provincia de Málaga; en los contratos se refleja que la firmante como parte vendedora es una entidad española absorbida por otra entidad española Diamond Resorts (Europe) Ltd Sucursal en España, que inició sus operaciones el año 2012; invoca la



aplicación de los arts. 18.1, 17.1, 17.2, 7.5 y 19.1 del Reglamento 1215/2012; la sucursal en España ejerce su actividad en ese domicilio; la legitimación pasiva no puede prejugarse; se trata de una cláusula de sumisión no exclusiva prohibida por el Reglamento 1215/2012 (art. 17), siendo inválido todo pacto que supone la renuncia al derecho del consumidor a demandar en el domicilio del empresario o en el domicilio del consumidor; con el art. 25.1 del Reglamento Bruselas I bis contempla los pactos de sumisión permitiendo que esta competencia no sea exclusiva ("salvo pacto en contrario entre las partes"); los foros de aplicación son los de los arts. 17.1 y 7.5 del Reglamento Bruselas I bis, preceptos que abren otro foro de competencia adicional, foro de la sucursal. El art. 17.1, con su remisión al 7.5 materializa la institución conocida en la doctrina como *Doing Business Rule*. Se cita la sentencia del TJUE 33/78, Caso Somafer, sobre el concepto de sucursal o establecimiento; las conexiones de litigio con España son más sólidas que con el Reino Unido: la demandada tiene sucursal en España perfectamente legitimada para litigar, los contratos se firman en España, los consumidores pueden optar por demandar a la empresa en su domicilio, la cláusula de sumisión es nula por estar las partes domiciliadas en distintos estados, por vulnerar la normativa de consumo y, además, por establecerse que se trata de una cláusula de sumisión no exclusiva, el consumidor puede elegir entre los distintos foros.

El juzgado desestimó la declinatoria por auto de 19 de junio de 2019 y acordó la continuación de las actuaciones. La parte demandada no interpuso recurso de reposición contra este auto.

3. La demandada presentó un escrito de oposición a la demanda por el que solicitó su desestimación. En primer lugar, argumentó que la "ley fiscal" (sic) reconoce la existencia de establecimientos permanentes, en forma de sucursal, de personas jurídicas no residentes en España, pero sí en la Unión Europea, y que en el caso la demandada se personaba como sucursal en España de una empresa no residente en España pero con domicilio en un país de la Unión Europea, de modo que las dos partes del contrato tienen nacionalidad británica y la demandada tiene su centro de dirección en Inglaterra, el precio y las cuotas de mantenimiento se pagan en libras y en Inglaterra y el régimen de los puntos adquiridos, objeto del contrato que hacía a los actores miembros del *club trustee*, es el de la ley inglesa. Razonó que aunque la sucursal se constituye conforme al derecho español y tiene residencia en España, los actores sabían que firmaban los contratos con una empresa inglesa y conforme a la ley inglesa y por ello en los contratos las partes se sometieron a la no exclusiva jurisdicción de los tribunales ingleses.

La demandada terminó solicitando del juzgado: (1) que se inhibiese del conocimiento del procedimiento según las argumentaciones contenidas en la declinatoria formalizada; (2) que estimase la excepción de falta de legitimación activa (sic) de los actores para aplicar la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias y la Ley 4/2012, ya que aceptaron de forma expresa la ley inglesa de 2010, que sí permite el contrato de tipo asociativo; (3) para el caso de no inhibirse, se procediese a la aplicación de la ley inglesa a las tres relaciones contractuales, por haber sido la ley expresamente aceptada por las partes, todas de nacionalidad y residencia; (4) para el caso de desestimar las anteriores pretensiones, se desestimase íntegramente la demanda, por entender que la demandada había dado debido y fiel cumplimiento a la Ley inglesa de 2010, en consonancia con el propio contenido del contrato y la legislación europea aplicable en ese momento, que era el Tratado de Roma de 1980.

4. El día 8 de octubre del año 2020, el juzgado, con cita de sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, dictó sentencia por la que estimó íntegramente la demanda, declarando la nulidad de pleno derecho de los contratos de propiedad fraccional suscritos en fechas 1 de mayo de 2013, 5 de septiembre de 2013 y 2 de octubre de 2014, con la consiguiente condena de la demandada a abonar a los demandantes el precio abonado por los citados contratos de 12.349,92 libras esterlinas (su equivalente en euros), con intereses legales desde la interposición de la demanda, incrementando en dos puntos a partir de la fecha de la sentencia, con imposición de costas a la parte demandada.

En su fundamentación, la sentencia razona que no procede estimar «la falta de legitimación pasiva» (sic) por entender que la parte actora dirige la demanda frente a la única entidad que figura como vendedora en el contrato. En cuanto al fondo, concluye que los contratos son nulos de pleno derecho por falta de objeto. Cita los arts. 23 y 30.1.3 de la Ley 4/2012 y considera que, analizados los contratos, solo aluden a unos puntos, con una vaga identificación del resort correspondiente, concluyendo que existe una absoluta falta de determinación de su objeto por cuanto el derecho de aprovechamiento no recae en un alojamiento concreto, ya que el edificio no está descrito con precisión, ni se indica el periodo determinado de utilización.

5. La representación procesal de la demandada interpuso recurso de apelación. En síntesis, alegó que la sucursal carecía de personalidad jurídica y actuaba en representación de una empresa inglesa con domicilio en Inglaterra, por lo que no era una empresa española, y que en virtud del Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) y vigente cuando se presentó la demanda, que permitía la libre elección de la ley aplicable conforme al art. 6. Insistió en la falta de legitimación activa (sic) de los actores para cambiar la ley

¿jurisprudencia?

aplicable a los contratos, lo que no había sido resuelto por el juzgado, sin que en su contestación a la demanda ella hubiera formulado su falta de legitimación para ser parte en el proceso, pues reconoció de forma expresa los contratos. Argumentó que los actores adquirieron unos puntos que les otorgaban la condición de socios de un club que es en realidad una empresa inglesa, que se les informó de todo ello conforme a la Directiva 122/2008, y que los derechos adquiridos son de tipo asociativo, compatible con la Directiva y permitido por la ley aplicable, la inglesa. Señalaron también que en cualquier caso, contra lo que entiende la sentencia recurrida, la Ley española 4/2012, también admite el modelo asociativo en su art. 23.8.

6. La parte demandante se opuso a la apelación argumentando conjuntamente que no se había probado la ley inglesa ni su aplicabilidad al caso, que existe jurisdicción internacional de los tribunales españoles, que tanto la Ley 42/1998 como la 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, son aplicables imperativamente a los inmuebles situados en España, conforme al art. 7.2 del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

7. La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga desestima el recurso de apelación. Confirma la jurisdicción de los tribunales españoles y la aplicación de la ley española con los siguientes argumentos:

«SEGUNDO.- Los motivos y, por ende, el recurso han de ser desestimados, por cuanto todas las cuestiones suscitadas por el recurrente en su recurso, repetición de las efectuadas en la instancia, fueron resueltas de manera explícita y razonada por la juzgadora de instancia en la sentencia apelada, cuya fundamentación la Sala comparte, hace suya y da por reproducida a fin de evitar repeticiones innecesarias. No obstante, y aunque ello suponga incurrir en reiteración, habrá de expresar la Sala las razones de su decisión.

»Sobre el motivo de recurso, en el que reproduce la cuestión de competencia judicial internacional suscitada vía declinatoria en la instancia, por entender vigente el pacto de sumisión expresa contenido en el contrato litigioso a favor de los Tribunales ingleses y que la cuestión litigiosa ha de resolverse según la legislación de dicho país, entiende la Sala que su desestimación deviene obligada ante el hecho de que la resolución resolutoria de la declinatoria planteada, Auto de fecha 17 de julio de 2018, no fue recurrida en reposición, por lo que adquirió firmeza, con los efectos de la cosa juzgada formal, lo que impide su examen y acogimiento en esta alzada, máxime cuando esta Sala entiende que en cuanto al fondo dicha resolución está plenamente ajustada a derecho, dando por reproducidas las consideraciones jurídicas que en ella se contienen, que se aceptan y dan por reproducidas, al coincidir con el criterio sostenido reiteradamente por la Sala desde el Auto de fecha 3 de septiembre de 2018, dictado en el Rollo de apelación n.º 126/2018.

»Respecto de la consideración de que es de aplicación la ley inglesa y de que los contratos de *litis* de 2013 y 2014 se rigen por la Ley 4/2012 debe resolverse en los mismos términos que ya ha resuelto esta Sala.

»Así, cabe decir que aunque la juzgadora de instancia hace referencia a jurisprudencia del TS (Sentencia de Pleno de 16 de enero de 2017) en la que se analiza la Ley 42/98, citando igualmente el criterio seguido por esta Sala, lo importante es que los requisitos que han de observarse para la validez del objeto de los contratos en las Leyes 42/98 y 4/2012 son coincidentes.

»Esta misma cuestión fue suscitada por la misma recurrente ante esta Sala en ocasiones anteriores, en asuntos idénticos al presente, debiendo traerse a colación lo resuelto entonces, entre otras, en su sentencia de fecha 24 de enero de este año, dictada en el Rollo de apelación n.º 774/2020.

»Es cierto que tal cuestión queda indeterminada, pues, tras hacer referencia a esa jurisprudencia, se limita a decir que "Conforme la doctrina expuesta, para que se entienda existente el contrato es necesario que exista una descripción precisa del edificio, de su situación y del alojamiento sobre el que recae el derecho, con referencia expresa a sus datos registrales y al turno que es objeto del contrato, con indicación de los días y horas en que se inicia y termina". No obstante, es preciso aclarar y concretar que, dada la fecha de los contratos, los mismos quedarían sometidos a la Ley 4/2012, quedando la vendedora afectada por la obligación legal de limitación temporal de la duración del contrato (art. 24), refiriéndose el título I a las normas generales y el II a las especiales sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico.

»Sostiene la apelante que no se trata de uno de estos últimos contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, sino de intercambio de puntos por derechos de ocupación, negando un derecho de uso real y confiriendo al derecho adquirido solo un derecho contractual. No obstante, no debe olvidarse que el apartado 8 del art. 23 al que se remite la apelante recoge que también a esas modalidades contractuales les es de aplicación el título I. Así, el documento informativo dice que se adquiere un derecho contractual, pero ello no invalida el que dicho derecho sea precisamente de uso de alojamientos, como también recoge dicho documento, con pago de un precio, alojamiento que dura un periodo concreto y que es gestionado por un intermediario al que llaman fiduciario. No pueden las empresas vendedoras acogerse al apartado 8 para incluir



contratos de configuración atípica y dudosa a fin de evitar la aplicación legal correspondiente protectora del derecho de los consumidores con amparo en la propia ley que trata de evitar esos abusos. La Ley establece y regula cuatro tipos que se han de regir por esta o por las disposiciones que la misma establezca, como es el caso del apartado 6 del art. 23.

»Por tanto, no cabe duda de que los contratos objeto de esta litis están sometidos a la Ley 4/2012, pero no a la ley inglesa, sobre lo que esta Sala ha resuelto en diversas ocasiones, concluyendo que lo aplicable es la ley española que regula esta materia. Así, en la sentencia de esta sección 4ª del 28 de junio de 2019, RA n.º 626/2018, se dice lo siguiente:

»"Nos hallamos, por tanto, ante contratos otorgados por la referida sociedad española y sólo en el de fecha 3 de junio de 2008 consta una cláusula (11ª) en la que se establece que "el presente contrato se rige por la legislación inglesa", de manera que conforme al Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales - Reglamento Roma I-, que, como hemos dicho, se cita sin más precisiones, es claro que no puede considerarse como un pacto de libre elección de la ley aplicable, según lo establecido en el art. 3.1 del mismo, puesto que se trata de una cláusula predisuelta en un condicionado general, cuya propia redacción literal indica que se trata de una imposición del predisponente y no de un acuerdo libremente pactado de sumisión a la ley inglesa, (...), lo que excluiría la invocación a favor del propio predisponente y no de los consumidores de otros preceptos del referido Reglamento, como es el caso del art. 6.1, tendente a dar amparo a los contratos de consumo, de manera que ha de estarse al art. 4, con arreglo al cual la ley española es la aplicable porque, ya se consideren los derechos objeto del contrato como mercancías o servicios, se establece en el mismo que, a falta de elección, la ley aplicable al contrato es la del país en que tenga su residencia el vendedor.

»Al hilo de lo cual ha de decirse que, conforme al art. 67, apartado segundo, del Texto

Refundido de la Ley General Para la Defensa de los Consumidores y Usuarios las cláusulas de elección de foro han de considerarse dentro del ámbito de protección frente a cláusulas abusivas, de manera que el control de abusividad debe realizarse no sólo cuando el contrato se rija por el Derecho español, sino también cuando mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo (art. 67.2 TRLGDCU), siendo el caso que el art. 90 declara abusiva "la sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza" (art. 90 apartado tercero), de manera que no puede sino considerarse abusivo que esta empresa española pretenda invocar en su beneficio y no en el de los cocontratantes consumidores una sedicente legislación británica.

»Sediciente porque el art. 281.2 de la LEC establece que "el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación", y señala el Tribunal Supremo en sentencia núm. 338/2008 de 30 abril, citando las de 27 diciembre 2006 y 4 julio 2007 que el derecho extranjero recibe el tratamiento de las cuestiones de hecho, por lo que es necesario acreditar y probar la exacta entidad del derecho vigente, su alcance y autorizada interpretación, "pues de otro modo, cuando no le sea posible al Tribunal español fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrá de juzgar y fallar según el Derecho patrio, de acuerdo con el art. 12.6 II del Código civil (texto entonces vigente), cuyo inciso final y la interpretación en base a jurisprudencia consolidada (sic). Lo que no puede ser confundido con la aplicación de oficio de la norma de conflicto, además de que la jurisprudencia ha declarado que quien invoca el Derecho extranjero ha de acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma y su aplicación al caso litigioso, y la facultad que se concede al juez en el art. 12.6. II, inciso final (texto hoy derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero) no constituye una obligación" y estas últimas consideraciones merecen ser traídas a colación porque la mera presentación de una copia traducida de la "Timeshare Act de 1992" no acredita que esta fuese la legislación inglesa vigente, aplicable y que haya de interpretarse en el sentido que propugna la apelante, puesto que para ello hubiese sido precisa la aportación del pertinente dictamen de juristas conocedores de dicha legislación."

»CUARTO.- A ello ha de sumarse que tanto los actores como la demandada tienen legitimación activa y pasiva, respectivamente, como sujetos de la relación existente entre las partes derivada del contrato que les une.

»En efecto, sobre la pretendida falta de legitimación pasiva, planteada por la entidad recurrente CLUB DIAMOND RESORT (EUROPE) LIMITED, Sucursal en España, no debe olvidarse que fue la que intervino en el contrato litigioso como vendedora al estar autorizada para ello en la escritura de su constitución en España y tener su domicilio en Mijas, con NIF W8262389-C».

A continuación, la sentencia de la Audiencia Provincial se pronuncia sobre la nulidad de los contratos litigiosos conforme a la ley española, y confirma la decisión del juzgado.

8. Diamond Resort Europe Ltd., Sucursal en España, ha interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación.

SEGUNDO.- Planteamiento de los recursos extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

1. El motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal, fundado en el art. 469.1.1.º LEC, denuncia que la sentencia recurrida ha infringido los arts. 17. y 18.1 del Reglamento UE 1215/2012, 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, según dice, por su indebida falta de aplicación.

Alega que la competencia de la jurisdicción inglesa se invocó mediante la correspondiente declinatoria, y nuevamente fue invocada en el recurso de apelación contra la sentencia y que, a pesar de que no se interpuso recurso de reposición contra el auto del juzgado que desestimó la declinatoria, cabría aceptar la posibilidad de que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre la competencia por ser una cuestión de orden público procesal que puede ser apreciada de oficio.

En su desarrollo argumenta: que es aplicable el Reglamento Bruselas I (aunque realmente se refiere al Reglamento Bruselas I bis), a lo que no obsta la salida del Reino Unido de la Unión Europea; que queda descartada la aplicación del art. 24 de dicho Reglamento porque el contrato no se refiere a un derecho real; que el contrato merece la calificación de contrato de consumo, (pero con el matiz de que los demandantes son "consumidores activos", no "consumidores pasivos"), por lo que, de acuerdo con el art. 18, el consumidor tiene la opción de elegir el foro correspondiente a su domicilio o al del demandado (que debe determinarse conforme al art. 63.2 del Reglamento), si bien en este caso, el domicilio de ambos conduce al mismo foro, de manera conforme con la cláusula de sumisión a esos mismos tribunales contenida en el contrato. Razona que no se opone a lo anterior el hecho de que la compañía británica interviniese en el contrato a través de una sucursal en España (arts. 17.1 i.f. y 7.5 del Reglamento), pues el llamado "foro de la sucursal", que permite demandar en España a empresas domiciliadas en el extranjero siempre que esas empresas tengan establecimientos localizados en España y que el litigio derive de las actividades de sus establecimientos, se fundamenta en la *carga o riesgo de internacionalidad* al empresario que lo provoca por desarrollar su actividad a través de un establecimiento permanente en un mercado extranjero, pero tal riesgo se crea respecto de los consumidores de ese mercado extranjero, no respecto de los domiciliados en el mercado propio, en el del país en el que tiene su domicilio el establecimiento principal. Razona que a estos efectos, una empresa es extranjera u opera en un mercado extranjero cuando su residencia es diferente de la del consumidor con el que contrata, pero no cuando su residencia es la misma, sea donde sea que hayan contratado.

Cita las SSTJUE de 21 de mayo de 2021 (asunto C-913/19, CNP Spólka z ograniczona odpowiedzialnoscia contra Gefion Insurance A/S) y de 29 de enero de 1991 (debe entenderse que se refiere a la STJCE de 19 de enero de 1993, C89-91, Shearson Lehmann Hutton Inc. c. TVB Treuhandgesellschaft fur

Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH caso Shearson Lehman Hutton Inc. y TVB Treuhandgesellschaft fur Vermögensverwaltung un Beteiligungen mbH), de las que, según dice, resultaría que la protección a la parte más débil se materializa permitiendo que el consumidor pueda demandar en el foro correspondiente a su domicilio, de manera que no asuma la carga o riesgo de internacionalidad. Concluye que esta correcta comprensión del encaje de los arts. 17.1 y 18.1 del Reglamento de Bruselas I en el contexto de protección al consumidor, que lleva a interpretarlos desde la óptica finalista de permitir que litigue en el foro de su domicilio, obliga a considerar que la excepción relativa a la aplicación del foro de la sucursal del art. 7.5 se refiere a los supuestos de consumidores pasivos (es decir, consumidores captados en su país de residencia por empresas extranjeras que tienen sucursales domiciliadas en el mismo país que el consumidor), pero no de consumidores activos (es decir, consumidores captados en un país en el que no tienen domicilio por empresas domiciliadas en ese país).

Considera la recurrente que interpretar los arts. 7.5, 17.1 y 18.1 del Reglamento Bruselas I de otra manera, es decir, desconectados de la finalidad de protección a que responden las normas, acaba produciendo el efecto nocivo de transformar un «foro electivo» en un «foro de conveniencia» (*forum shopping*), dando lugar a situaciones que, incluso desde una perspectiva de sentido común, si se tiene en cuenta la finalidad tuitiva de la norma, cuesta encajar, porque se hace difícil entender cómo un consumidor puede resultar más protegido (en el sentido de litigar de una manera más cómoda o conveniente) en un foro que, si se tiene en cuenta la ubicación de su domicilio, es un foro extranjero que también es extranjero para el demandado. La recurrente concluye que, apreciada la falta de competencia internacional de la jurisdicción civil española para conocer del presente asunto, resultará precedente, de conformidad con el art. 476.2 LEC, casar y anular la sentencia, sin perjuicio del derecho de los Sres. Ceferino a ejercitar sus pretensiones ante los tribunales ingleses.

2. El motivo único del recurso de casación, fundado en el art. 477.1 LEC, denuncia la infracción del art. 6.2 del Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, en relación con los arts. 67.2 y 90.3 de la Ley



General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en tanto que establece una interpretación de lo que haya de entenderse por «derecho extranjero» contraria a la que resulta del Reglamento europeo. Este motivo se interpone por interés casacional en la modalidad prevista en el art. 477.3 LEC de infracción de la jurisprudencia del TJUE, representada por la sentencia de 28 de julio de 2016 (C191/15, caso *Verein für Konsumenteninformation* contra *Amazon EU Sàrl*, ECLI: EU:C:2016:612).

En el desarrollo del motivo, la recurrente alega que es erróneo el criterio del juzgado, confirmado por la Audiencia, de rechazar la aplicación de la ley inglesa con el argumento de que la cláusula de sumisión no es válida por ser una cláusula abusiva y que debe estarse al art. 4 del referido Reglamento, con arreglo al cual es aplicable la ley española porque, ya se consideren los derechos objeto del contrato como mercancías o servicios, se establece que, a falta de elección, la ley aplicable al contrato es la del país en que tenga su residencia el vendedor.

Argumenta que el art. 67.1 TRLGDCU se remite al Reglamento Roma I, que en su art. 6 establece que las partes pueden pactar la ley aplicable siempre que ese pacto no suponga para el consumidor la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1 del mismo precepto. Añade que por su parte, y como régimen subsidiario de primer grado, el apartado 1 prevé la aplicación de la Ley del país donde el consumidor tenga su residencia cuando el contrato se celebre con profesionales o compañías que ejerzan actividades en ese país o las dirijan a él o a cualquier otro país, incluido el propio del consumidor. Finalmente, y como régimen subsidiario de segundo grado, el art. 6.3 remite a las previsiones generales de los arts. 3 (libertad de pacto sobre ley aplicable) y 4, que concluye con la previsión última de aplicación de la Ley del país con el que el contrato presente los «vínculos más estrechos».

Considera la recurrente que, bajo estas previsiones, un contrato celebrado por consumidores británicos domiciliados en UK con una compañía británica domiciliada en UK (aunque cuente con establecimiento en España), que dirige su actividad a consumidores de múltiples países, incluidos los de UK, y que pacta en el contrato que la ley aplicable es la de UK, tendría que regirse por la ley de UK. Añade que la única forma de eludir esta conclusión es la que se lleva a cabo en la sentencia recurrida, al entender que juega la exclusión a la que se alude en el art. 6.2 del Reglamento Roma I para impedir los efectos del pacto de sumisión: que el pacto suponga «la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley». En este sentido, la sentencia concluye que el art. 67.2 TRLGDCU establece, en relación con las cláusulas aparentemente abusivas, entre las que se incluyen la sumisión al derecho extranjero «con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza», una norma imperativa que no puede excluirse mediante pacto y que obliga a la aplicación necesaria de la Ley española.

Considera la recurrente que la interpretación que la sentencia hace de la previsión de los arts. 67.2 y 90.3 TRLGDCU implica una extensión indebida de los límites a la posibilidad de pacto a que se refiere el art. 6.2 del Reglamento Roma I, que finalmente resulta infringido por inaplicado al impedir la operatividad de un pacto legítimo sobre ley aplicable que coincide con la ley del foro del consumidor.

Alega que, conforme a las exigencias de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, las cláusulas de elección de ley aplicable están sometidas al control de transparencia, y que el TJUE ha aclarado que la cláusula de elección de ley aplicable en contratos con consumidores es abusiva en la medida en que induzca a error al consumidor dándole la impresión de que únicamente se aplica el contrato la ley del Estado miembro del domicilio social del empresario que figura en las condiciones generales a las que el consumidor se adhiere, sin informarle de que le ampara también, en virtud del art. 6.2 del Reglamento Roma I, la protección que le garantizan las disposiciones imperativas del derecho que sería aplicable de no existir esa cláusula de elección de ley, es decir, del derecho del domicilio del consumidor. Considera la recurrente que, desde esa perspectiva, no puede admitirse la falta de transparencia o la abusividad cuando el pacto sobre ley aplicable conduce, precisamente, a la ley del domicilio del consumidor.

Para justificar el interés casacional cita la STJUE de 28 de julio de 2016, caso *Verein für Konsumenteninformation* contra *Amazon EU SARL*, que según dice la recurrente, limita la exclusión del pacto sobre ley aplicable en los contratos celebrados con consumidores contenida en el art. 6.2 del Reglamento Roma I a los supuestos de «aplicación de las disposiciones imperativas previstas por la ley del país en el que residen los consumidores cuyos intereses son defendidos mediante esa acción» (considerando 50 de la sentencia citada), porque el objetivo es garantizar «el respecto (sic) de la protección que le proporcionen al consumidor las disposiciones de la ley de su foro» (considerando 66 de la sentencia citada). Concluye el recurrente que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, la ley imperativa nacional que impide un pacto sobre ley aplicable es la que se corresponde con la del domicilio del consumidor y que en este sentido, la



citada STJUE considera que «[h]abida cuenta del carácter imperativo de la exigencia que figura en el art. 6, apartado 2, del Reglamento Roma I, un juez, ante una cláusula de elección de la ley aplicable, deberá aplicar, en el supuesto de que se trate de un consumidor que tenga su residencia principal en Austria, las exigencias de las disposiciones legales austriacas, a las que, según el Derecho austriaco, no pueden introducirse excepciones mediante acuerdo» (considerando 70), no las eventuales disposiciones imperativas previstas en la ley del lugar de celebración del contrato, si ese lugar resulta no ser el lugar de residencia del consumidor.

3. La recurrente termina solicitando que se dicte sentencia por la que se estimen sus recursos y, en consecuencia, se revoque la sentencia recurrida y se acuerde:

«a) Primero: Con estimación del motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal, case y anule la sentencia impugnada, dejando a salvo el derecho de los Sres. Ceferino a ejercitar sus pretensiones ante la jurisdicción ordinaria.

»b) Segundo: Con estimación del motivo único del recurso de casación, case la sentencia impugnada, asuma la instancia y falle con arreglo a la Ley inglesa aplicable conforme a lo pactado por las partes, procediendo con ello a desestimar en su integridad la demanda interpuesta por los Sres. Ceferino .

»Todo lo anterior con expresa condena a los Sres. Ceferino al pago de las costas de la primera instancia y sin que proceda hacer condena de las costas del recurso de apelación y de casación y extraordinario por infracción procesal».

TERCERO.- *Oposición de la parte recurrida a los recursos extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

La parte demandante y ahora recurrida solicita la desestimación de los recursos.

1. La oposición al recurso por infracción procesal se basa en las siguientes consideraciones: (i) no niega que no resulte de aplicación el art. 24 del Reglamento Bruselas I bis, pero sostiene que nos encontramos ante derechos de naturaleza mixta en los que, no obstante, y conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, predomina el carácter real, en tanto que se adquiere principalmente el derecho de disfrute de un inmueble sito en España y secundariamente un servicio del que pudiera disfrutar en las mismas condiciones que en un complejo hotelero; (ii) la cláusula de sumisión no exclusiva vulnera el art. 25.1 del Reglamento Bruselas I bis en concordancia con el art. 54.2 LEC y arts. 82, 83 y 90 TRLGDCU, que consideran nulas por abusivas las cláusulas de sumisión insertas en contratos con consumidores; la cláusula no puede ser invocada a su favor por la recurrente; (iii) la STJUE de 14 de septiembre de 2023 (asunto C 821/21) se ciñe a la interpretación de los arts. 18.1 y 63 del Reglamento Bruselas I bis y no se ocupa sobre el foro de la sucursal, aunque admite la viabilidad del foro de la sucursal previsto en el art. 17.2 en el § 56; el art. 18.1 de Reglamento Bruselas I bis permite al consumidor elegir el foro correspondiente a su domicilio o el de su parte contratante, teniendo en cuenta que debe determinarse con arreglo al art. 63; la demandada no es extraña a la relación jurídica: firma como vendedora los tres contratos en nombre y representación de la matriz y se presenta ante los consumidores como una sociedad mercantil constituida bajo las formas societarias de derecho mercantil español, con sede social en territorio español e inscrita en España; que la demandada no tenga personalidad jurídica propia y adopte la forma jurídica a efectos fiscales de sucursal no impide que se considere domiciliada en España, ya que no puede decirse que su domicilio no constituye un centro principal de operaciones mercantiles ni un establecimiento permanente relacionado con el objeto social de la sociedad y donde se lleva a cabo la actividad productiva pues es donde se encuentran los inmuebles que gestiona, el lugar donde se suscriben los contratos y donde deben cumplirse las obligaciones derivadas de los mismos, contando aquí con órganos de administración propios, la propia sucursal se constituyó conforme la legislación española y tiene su domicilio social en Mijas (Málaga); los contratos se firman por una sucursal en España y en ellos no figura otro domicilio del empresario que Mijas, por lo que a efectos de los arts. 18.1 y 63 del Reglamento Bruselas I bis es irrelevante la ubicación del domicilio de la matriz; la distinción entre consumidor activo y pasivo no se ha suscitado ni debatido en la instancia, por lo que la sala no puede valorar esta cuestión y, de manera subsidiaria, alega que los actores deben ser tenidos como consumidores pasivos, pues existe un entramado de actividades empresariales que actúa en varios países y que ejerce efectivamente en Reino Unido y España, por lo que si la demandada sostiene que los recurridos vinieron a España *ex profeso* a adquirir los derechos sin recibir en su país una oferta debió haberlo probado; por tanto, conforme a la definición autónoma de «domicilio» del precitado art. 63 del Reglamento Bruselas I bis, no hay duda de que el domicilio de la parte contratante (en cuanto que centro de actividad principal y órgano de administración central) se halla en España y, en consecuencia, la competencia judicial internacional recae en los tribunales españoles conforme al art. 18.1 del Reglamento Bruselas I bis, pero el foro de los arts. 17 a 19 del Reglamento Bruselas I bis no impide la aplicación del art. 7.5 del mismo instrumento, que actúa con carácter alternativo; concluye que el actor puede accionar contra el demandado cualquiera de los foros contenidos en los arts. 7.5 y 17 a 19 del Reglamento Bruselas I bis: la aplicación de los previstos en



los arts. 7.4 y 18 fundamenta la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, al atender al criterio del centro de actividad principal de la sociedad demandada y al criterio del lugar donde se halla sita la sucursal (lo que se denomina «cuasi domicilio» o «sub-domicilio» del demandado a efectos de jurisdicción); la STJUE dictada en el asunto C-89/91 se refiere a un caso en el que se negó la condición de consumidor del demandante, y por esa razón se excluyó que pudiera beneficiarse de las reglas de competencia especiales previstas para los contratos celebrados por consumidores, lo que nada tiene que ver con este caso.

2. La oposición de la demandada recurrida al recurso de casación se basa en las siguientes consideraciones: por aplicación del art. 67 del TRLDCU en concordancia con los arts. 82 a 91 y doctrina del TJUE que se refiere a los parámetros que deben tomarse en consideración en orden a determinar el carácter abusivo de una cláusula de sumisión, las contenidas en los contratos controvertidos son abusivas porque se trata de contratos de adhesión que contienen una remisión genérica a la ley inglesa y la cláusula genera un desequilibrio entre los derechos y obligaciones al elegir el predisponente la legislación que le es más beneficiosa; del art. 9 del Reglamento Roma I y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que la ley elegida por las partes dejará de aplicarse por el tribunal que conoce del asunto para aplicar la normativa nacional imperativa; a estos efectos invoca el carácter imperativo de la regulación española sobre aprovechamiento por turno, reconocida por la jurisprudencia de la sala; cita el art. 3 apartado 3 del Reglamento de Roma, conforme al cual la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de otro país que no pueden excluirse mediante acuerdo.

De manera subsidiaria, la parte recurrida razona que quien alega el derecho extranjero debe acreditar su contenido, vigencia e interpretación doctrinal y jurisprudencial, sin que el juez pueda practicar la prueba del derecho extranjero (art. 33 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, y art. 281.2 LEC) y sin que la cita aislada de artículos de códigos extranjeros sea suficiente para determinar derechos y obligaciones, ya que resulta necesario acreditar su existencia y sentido de la ley por medio de un dictamen de ley vigente legalizado por dos jurisprudencias de la nación.

CUARTO.- *Escritos presentados por Diamond Resorts Europe Limited, Sucursal en España, después de la presentación de sus recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. Alegaciones de la parte recurrida y del Ministerio Fiscal.*

1. Antes de la admisión de los recursos, al amparo del art. 271.2 LEC, la recurrente presentó escrito de fecha 2 de octubre de 2023 por el que aportó las sentencias de 14 de septiembre de 2023 del TJUE (C-632/21 y C-821/21) y razonó que de la aplicación de la doctrina de estas sentencias resultaba la competencia de los tribunales del Reino Unido, que son los que coinciden con el domicilio del demandante y con el domicilio de la entidad (esto es, auténtica persona jurídica) con la que se contrató, sin perjuicio de las sucursales (sin personalidad jurídica) que esa entidad pueda tener en España o de la existencia de otras sociedades (del grupo o ajenas al grupo) ajenas al contrato.

La recurrente alegó que, sin perjuicio de la posibilidad del planteamiento de la correspondiente declinatoria, lo cierto es que la falta de competencia internacional es considerada un vicio de orden público procesal que debe ser apreciada de oficio en cualquier momento del procedimiento «tan pronto como sea advertida», con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal (art. 38 LEC), y más si, como sucede en el presente caso, esa falta de jurisdicción se advierte a partir de los pronunciamientos del TJUE que se acompañan, ya que la omisión no sólo supondría incurrir en el vicio de orden público procesal denunciado, sino en violación del Derecho de la Unión.

Subsidiariamente, para el caso de que la sala mantenga la competencia, la recurrente alegó que el fondo del asunto debe resolverse conforme a la legislación de Inglaterra y Gales.

2. El Ministerio fiscal emitió un informe en el que manifiesta que las sentencias del TJUE aportadas no impiden la interpretación favorable a la competencia de la jurisdicción española para el conocimiento de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por Diamond. Argumenta que los pactos de sumisión a los tribunales ingleses, además de que no les atribuyen competencia judicial exclusiva, son nulos. Añade que la doctrina de la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2023 (C-821/21), que es la única que se refiere a la competencia judicial de las dos dictadas ese día, no trata sobre un supuesto idéntico al que aquí se dilucida, y no obsta para declarar que los tribunales españoles son competentes.

3. En sus alegaciones, presentadas el 18 de octubre de 2023, la parte recurrida solicita que se declare la jurisdicción y la competencia de los tribunales españoles para el conocimiento del asunto. Alega que el foro de los arts. 17 a 19 del Reglamento Bruselas I bis no impide la aplicación del art. 7.5 (foro de la sucursal), que actúa con carácter alternativo.



También solicita que se declare que la legislación aplicable al fondo del asunto es la española, en particular la Ley 4/2012, de 6 de julio, sobre derechos de aprovechamiento por turno. Razona que el servicio se aplica en España (art. 6.4 del Reglamento Roma I), por lo que debe acudirse a los criterios de los arts. 3 y 4, al ser nula por abusiva la cláusula de sumisión a la ley inglesa.

Subsidiariamente, interesa la aplicación de la ley española por no haberse acreditado el contenido y vigencia de la legislación inglesa y galesa por parte de la recurrente (art. 33 de la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil, y art. 67 TRLGDCU).

4. La parte recurrida acompaña a sus alegaciones el dictamen de un profesor universitario sobre la doctrina del TJUE acerca de la competencia judicial internacional y la ley aplicable en materia de contratos de multipropiedad tras las sentencias de 14 de septiembre de 2023 en los asuntos C-632/21 y C-821/21.

La parte recurrente solicitó la inadmisión del dictamen mediante escrito de 20 de octubre de 2023. A esta solicitud daremos respuesta a continuación en esta sentencia, tal como permite el último párrafo del art. 271.2 LEC, de acuerdo con la doctrina de la sala.

La sentencia 477/2017 de 20 julio (citada después por las sentencias 554/2021, de 20 de julio, y 578/2021, de 27 de julio), declara que:

«Por último, ha de precisarse que el informe del experto inglés sobre el contenido del Derecho inglés solo puede tomarse en consideración con relación al contenido de este Derecho extranjero en caso de que el tribunal español considere que la norma de conflicto remite a la aplicación de ese Derecho extranjero. Se trata del único supuesto en que es admisible prueba sobre el contenido y la vigencia del Derecho aplicable al litigio, y en concreto, el único supuesto en que es admisible una pericia de contenido jurídico.

»Pero no es admisible que el ámbito de dicha prueba pretenda extenderse a la aplicación de las normas de conflicto, sean las de Derecho interno, las de Derecho convencional o las de Derecho europeo, puesto que tales normas no son Derecho extranjero, y sobre ellas no es admisible prueba alguna, y en concreto, no es admisible el dictamen de un experto. Son por tanto irrelevantes las declaraciones del experto en Derecho inglés que emitió el informe pericial y declaró en el juicio, en el sentido de que en este caso procedía la aplicación del Derecho inglés y no del Derecho español».

En el caso que juzgamos el dictamen presentado no se dirige a probar el derecho inglés, sino a expresar una opinión sobre el derecho español y europeo que debe aplicar el tribunal tanto en materia de competencia judicial como de determinación de la ley aplicable, de acuerdo con la doctrina del TJUE.

La sala rechaza que un dictamen sobre la interpretación del derecho español o de la Unión Europea que debe aplicar el tribunal pueda ser tomado como prueba pericial ni como ninguna otra clase de prueba, so pena de conculcar el principio *iura novit curia*. Con independencia de la competencia profesional de su autor, un informe de tal clase no deja de recoger una opinión emitida por encargo de una de las partes que bien puede, si quiere, hacerla suya como propia argumentación jurídica en su escrito de alegaciones, pero que es inadmisibles como prueba, al referirse al Derecho español o de la Unión Europea, que no pueden ser objeto de pericia.

Por estas razones declaramos inadmisibles y ordenamos devolver a la parte recurrida el dictamen jurídico aportado mediante su escrito de fecha 20 de octubre de 2023.

5. Mediante nuevo escrito de fecha 1 de febrero de 2024, y al amparo del art. 271.2 LEC, Diamond reitera sus alegaciones de falta de competencia internacional y subsidiaria aplicación de la ley inglesa y pone de manifiesto el cambio de criterio de la Audiencia Provincial de Málaga en la materia tras el dictado de las sentencias del TJUE. En este sentido aporta como documento el Acuerdo de 29 de enero de 2024 adoptado por la Sala de Gobierno del TSJA en Acta de Plenillo número 1/2024, Expediente relativo a Plenillo de Magistrados de Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Málaga, celebrado el día 28 de noviembre de 2023, respecto de unificación criterios entre las distintas secciones de la Audiencia sobre las cuestiones relativas a la competencia de nuestros Tribunales y ley aplicable en los asuntos de Club La Costa y similares, en aplicación de la reciente sentencia TJUE de 14 de septiembre de 2023 resolviendo la cuestión prejudicial planteada.

Este documento no encaja en la previsión del art. 271.1 LEC, pues no se trata de una sentencia, resolución judicial o de autoridad administrativa condicionante o decisiva para resolver el recurso, por lo que procede su inadmisión y la devolución a la parte.

Recurso extraordinario por infracción procesal

QUINTO.- *Competencia judicial internacional. Decisión de la sala. Desestimación del recurso por infracción procesal*



El recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la demandada se rechaza en atención a las siguientes consideraciones.

1. Para determinar la competencia de los tribunales españoles debemos estar al Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis). En efecto, la demanda se interpuso el 13 de febrero de 2019, esto es, después del 10 de enero de 2015, que es la fecha a partir de la cual se aplica el Reglamento Bruselas I bis, conforme a lo dispuesto en su art. 80. Y, por otra parte, la fecha de interposición de la demanda es anterior al 31 de diciembre de 2020, por lo que el Reino Unido debe ser tenido como estado miembro a efectos de la aplicación del mismo Reglamento (UE) n.º 1215/2012 (de conformidad con lo dispuesto en los arts. 67 y 126 del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica).

2. Del Reglamento Bruselas I bis resulta una jerarquía de foros en la que lo primero a lo que debe atenderse es a si nos encontramos, de acuerdo con lo dispuesto en su art. 24, ante un foro exclusivo, porque el Reglamento contiene normas propias sobre la comprobación de la competencia judicial que obliga a los tribunales nacionales a declararse de oficio incompetentes cuando se les plantee un litigio para el que los tribunales de otro Estado miembro fuesen exclusivamente competentes conforme al art. 24.

Así, art. 27 del Reglamento Bruselas I bis:

«El órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conozca a título principal de un litigio para el que los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro sean exclusivamente competentes en virtud del artículo 24 se declarará de oficio incompetente».

Y conforme el art. 28:

«1. Cuando una persona domiciliada en un Estado miembro sea demandada ante un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro y no comparezca, dicho órgano jurisdiccional se declarará de oficio incompetente si su competencia no se fundamenta en lo dispuesto en el presente Reglamento.

»2. Este órgano jurisdiccional estará obligado a suspender el procedimiento en tanto no se acredite que el demandado ha podido recibir el escrito de demanda o documento equivalente con tiempo suficiente para defenderse o que se ha tomado toda diligencia a tal fin.

»3. El artículo 19 del Reglamento (CE) no 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos), será de aplicación en lugar del apartado 2 del presente artículo si el escrito de demanda o documento equivalente tuviera que ser remitido de un Estado miembro a otro en virtud de dicho Reglamento.

»4. Cuando no sea aplicable el Reglamento (CE) no 1393/2007, se aplicará el artículo 15 del Convenio de La Haya, de 15 de noviembre de 1965, relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, si el escrito de demanda o documento equivalente tuviese que ser transmitido al extranjero de conformidad con dicho Convenio».

Es decir, hay una regla general contenida en el art. 28 que se dirige a proteger los derechos del demandado, de modo que cuando una persona domiciliada en un Estado miembro sea demandada ante un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro y no comparezca, el órgano jurisdiccional se declarará de oficio incompetente si su competencia no se fundamenta en lo dispuesto en el Reglamento. Pero si es notificado y se persona, salvo que impugne expresamente la competencia judicial internacional, el juez será competente conforme al art. 26 (sumisión tácita), cuyo apartado 1 dispone:

«Con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones del presente Reglamento, será competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que comparezca el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tiene por objeto impugnar la competencia o si existe otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del artículo 24».

La sumisión tácita es posible también incluso cuando el demandado es la «parte débil» del contrato (consumidor, por ejemplo) pero, en tal caso, el órgano jurisdiccional debe asegurarse, antes de asumir la competencia, de que se ha informado al demandado de su derecho a impugnar la competencia del órgano jurisdiccional y de las consecuencias de comparecer o no (apartado 2 del art. 26 del Reglamento Bruselas I bis).

Además (ello importa porque en el caso que juzgamos los contratos contienen una cláusula de sumisión, por lo demás meramente "opcional" o "no exclusiva" a favor de los tribunales del Reino Unido, por lo que tampoco

excluiría de acudir a otros tribunales que sean competentes según el Reglamento), la sumisión tácita posterior prevalece sobre la sumisión expresa anterior (STJCE, de 24 de junio de 1981, asunto 150/80, Elefanten Schuh GmbH contra Pierre Jacqmain, ECLI:EU:C:1981:148; STJCE de 7 de marzo de 1985, asunto C 48/84, Hannelore Spitzley contra Sommer Exploitation SA, ECLI:EU:C:1985:105).

Frente a la regla general del art. 28, la regla especial del art. 27 del control de oficio por el tribunal nacional de la competencia judicial internacional se refiere únicamente a las competencias exclusivas previstas en el art 24, que en su apartado 1 establece:

«Son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio de las partes, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que se indican a continuación:

»1) en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el inmueble se halle sito.

»No obstante, en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles celebrados para un uso particular durante un plazo máximo de seis meses consecutivos, serán igualmente competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde esté domiciliado el demandado, siempre que el arrendatario sea una persona física y que propietario y arrendatario estén domiciliados en el mismo Estado miembro».

3. En el caso que da lugar a este recurso no nos encontramos ante una competencia exclusiva del art. 24 del Reglamento Bruselas I bis, que excluiría la competencia de cualquier otro tribunal.

En particular, la acción ejercitada no versa sobre derechos reales inmobiliarios (art. 24.1). La parte demandante recurrida argumenta que los contratos cuya nulidad solicita tienen una naturaleza mixta en la que predomina el aspecto real. Sin embargo, ante la ausencia de indicación sobre los derechos de uso que confieren los contratos de aprovechamiento por turno en las Directivas 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, y 94/47/CE, de 26 de octubre de 1994, debemos estar a la jurisprudencia del TJUE, que ha reiterado el carácter excepcional de los foros exclusivos y la necesidad de interpretarlos en el sentido requerido por su finalidad (sentencia de 16 de noviembre de 2023, Roompot Service, C-497/22, ECLI: EU:C:2023:873, con cita de la sentencia 25 de marzo de 2021, Obala i Lucice, C-307/19, EU:C:2021:236, apartado 76 y jurisprudencia citada). El foro exclusivo del art. 24.1 se proyecta sobre aquellas acciones cuyo objeto y fundamento es un derecho real con el fin de determinar la extensión, consistencia, la propiedad o la posesión de un inmueble o la existencia de otros derechos reales, y a garantizar la protección vinculada a los títulos de esos derechos (STJCE de 10 de enero de 1990, asunto C-115/88, Mario P. A. Reichert y otros contra Dresdner Bank), pero no cuando, como es el caso, la acción se dirige, con invocación de las normas reguladoras de los contratos, a que se declare la nulidad del contrato y la condena al reembolso de las cantidades abonadas.

Por otra parte, el hecho de que los contratos celebrados respondan a un modelo de adhesión a un club que, en contrapartida del pago de una cuota permita a los socios adquirir y ejercer un derecho de utilización, en régimen de tiempo compartido de un bien inmueble designado, en el que las prestaciones adicionales son superiores al uso, tampoco permitiría considerar que se trata del foro exclusivo previsto en el mismo art. 24.1 para los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, de acuerdo con la STJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C-73/04, EU:C:2005:607, apartado 27.

4. En el caso, por tanto, al no tratarse de un supuesto de competencia exclusiva del art. 24, personada la parte demandada, a ella le incumbía, de acuerdo con el art. 28 del Reglamento Bruselas I bis, la carga de impugnar expresamente la competencia judicial.

Puesto que el Reglamento Bruselas I bis no regula el procedimiento para apreciar la falta de jurisdicción internacional, es preciso estar al régimen que establece la Ley de enjuiciamiento civil.

En el caso que juzgamos, la parte demandada compareció y planteó declinatoria conforme al art. 39 LEC. La declinatoria fue desestimada por auto del juzgado de 19 de junio de 2019, que acordó la continuación de las actuaciones. La parte demandada no interpuso contra este auto el pertinente recurso de reposición previsto en el art. 66.2 LEC, a pesar de que el propio auto le indicaba tal posibilidad. Así, conforme al art. 66.2 LEC:

«Contra el auto por el que se rechaza la falta de competencia internacional, de jurisdicción o de competencia objetiva, sólo cabrá recurso de reposición, sin perjuicio de alegar la falta de esos presupuestos procesales en la apelación contra la sentencia definitiva».

Al no ser recurrido, el auto dictado por el juzgado el 19 de junio de 2019 por el que se desestimó la declinatoria, quedó firme, y por tanto, cerrada la posibilidad de la demandada de volver a impugnar una competencia judicial que, según el Reglamento Bruselas I bis aplicable, no exige un mecanismo de control de oficio por los tribunales nacionales.



Por esta razón el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado pues, cuanto menos, y sin entrar en otros criterios de competencia, la jurisdicción de los tribunales españoles resulta de la aplicación del art. 26 del Reglamento Bruselas I bis.

Recurso de casación

SEXTO.- Ley aplicable. Doctrina de las SSTJUE de 14 de septiembre de 2023 (asuntos C-632/21 y C-821/21)

1. La sentencia recurrida considera que la cláusula incluida en los contratos litigiosos conforme a la cual la ley aplicable es la inglesa es nula porque la empresa predisponente trata de imponer a su favor, y no a favor del consumidor, el art. 6 del Reglamento de Roma I (conforme al cual la ley aplicable es la de la residencia habitual del consumidor). Entiende que en el caso es aplicable la ley española conforme al art. 4 del Reglamento porque la empresa "vendedora" es una empresa española con domicilio en España.

El recurso de casación interpuesto por la demandada pretende que se case la sentencia impugnada y que la sala, asumiendo la instancia, falle con arreglo a la ley inglesa, ley aplicable conforme a lo pactado por las partes, y proceda con ello a desestimar en su integridad la demanda interpuesta por los Sres. Ceferino porque, según ha defendido en las instancias, la ley inglesa sí permite el modelo asociativo de los contratos litigiosos.

2. Para resolver el recurso debemos partir de las dos SSTJUE de 14 de septiembre de 2023 que se han pronunciado recientemente sobre esta materia (JF y NS contra Diamond Resorts Europe Limited, Sucursal en España, Diamond Resorts Spanish Sales, S. L., y Sunterra Tenerife Sales, S. L., asunto C-821/21; y NM contra Club La Costa (UK) plc, sucursal en España, CLC Resort Management Ltd, Midmark 2 Ltd, CLC Resort Development Ltd, European Resorts & Hotels, S. L., asunto C-632/21).

3. La STJUE de 14 de septiembre de 2023, dictada en el asunto C-632/21, recuerda que las disposiciones del Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), son aplicables a contratos en los que ambas partes son nacionales del mismo Estado, en este caso el Reino Unido:

«50. (...) A este respecto, del tenor del artículo 1 del Reglamento Roma I resulta que este se aplica a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes.

»51 Así pues, las disposiciones de este Reglamento son aplicables a toda relación contractual que incluya un elemento de extranjería, sin que el artículo 1 de dicho Reglamento contenga precisión o exigencia alguna en cuanto a un posible vínculo de ese elemento de extranjería con la nacionalidad o el lugar del domicilio de las partes contratantes de que se trate.

»52 De ello se desprende que, aunque las dos partes que celebraron los contratos controvertidos en el litigio principal tengan la misma nacionalidad, estos contratos pueden estar comprendidos en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma I si presentan otro u otros elementos de extranjería.

»53 En este caso, del auto de remisión se desprende que los referidos contratos, celebrados entre dos nacionales del Reino Unido y una sociedad constituida con arreglo al Derecho de Inglaterra y Gales, debían ejecutarse en diferentes países europeos, entre ellos España».

La misma STJUE dictada en el asunto C-632/21 hace notar que la retirada del Reino Unido de la Unión Europea no afecta a la aplicación de las disposiciones del Reglamento Roma I: las normas aplicables durante el período transitorio, previstas en los artículos 66, letra a), y 126 del Acuerdo de Retirada se refieren a los asuntos pendientes ante los órganos jurisdiccionales y las instituciones del Reino Unido, de tal manera que no afectan a la situación de los órganos jurisdiccionales españoles que conozcan de asuntos sobre los que sean competentes.

Sobre este particular, debe tenerse presente además que el Reglamento Roma I es un reglamento de carácter universal, ya que, conforme a su art. 2, la ley designada por el reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro (con independencia de que, además, en el momento de la firma de los contratos litigiosos el Reino Unido era un Estado miembro).

Las anteriores consideraciones son pertinentes en nuestro caso a efectos de concluir que la determinación de la ley aplicable se rige por el Reglamento Roma I.

4. Junto a ello, por lo que se refiere al elemento temporal, el Reglamento se aplica a los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009 (art. 28), por lo que resulta de aplicación a los contratos litigiosos, concertados el 1 de mayo de 2013, el 5 de septiembre de 2013 y el 2 de octubre de 2014.

5. La STJUE de 14 de septiembre de 2023 (asunto C-632/21) da respuesta a unas cuestiones prejudiciales planteadas por un juez español acerca de la ley aplicable a un contrato celebrado entre un consumidor y un



profesional en el que se designa como ley aplicable la correspondiente al lugar de residencia habitual del consumidor

Para responder a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera que se plantean al TJUE acerca de qué disposición del Reglamento Roma I debe aplicarse a efectos de determinar la ley aplicable a un contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en su modalidad de suscripción de puntos de club (si alguno de los apartados del art. 4 o el art. 6), la STJUE de 14 de septiembre de 2023 dictada en el asunto C-632/21 recuerda que el Reglamento Roma I establece, en su capítulo II, normas uniformes que consagran el principio según el cual se da prioridad a la voluntad de las partes, a las que se reconoce, en el art. 3, la libertad de elegir la ley aplicable al contrato. A este respecto, el art. 3.1 exige que la elección de la ley aplicable se manifieste expresamente o que resulte de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. A falta de elección de la ley aplicable por las partes, el art. 4.1, del Reglamento Roma I establece criterios de conexión en función de diferentes tipos de contratos, entre los que figuran los contemplados por el órgano jurisdiccional remitente, a saber, los contratos que tienen por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble y los contratos de prestación de servicios. Pero el órgano jurisdiccional se pregunta si, tratándose de un contrato de consumo, no procede aplicar, con carácter prioritario, las disposiciones del art. 6.1 del Reglamento Roma I, y se pregunta sobre la repercusión de la libre elección, por parte del consumidor, de una ley aplicable distinta de la del país en el que este tiene su residencia habitual, puesto que en el caso que da lugar a la cuestión, al igual que sucede en los contratos litigiosos de este recurso de casación, los contratos designan como aplicable la ley inglesa y los contratos se celebraron con un consumidor.

6. Según el art. 6 del Reglamento Roma I:

«Sin perjuicio de los artículos 5 [contratos de transporte] y 7 [contrato de seguro], el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional («el consumidor») con otra persona («el profesional») que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional:

»a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o

»b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.

»2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, las partes podrán elegir la ley aplicable a un contrato que cumple los requisitos del apartado 1, de conformidad con el artículo 3. Sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1.

»3. Si no se reúnen los requisitos señalados en las letras a) y b) del apartado 1, la ley aplicable a un contrato entre un consumidor y un profesional se determinará de conformidad con los artículos 3 [libertad de elección] y 4 [ley aplicable a falta de elección]».

7. La respuesta a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera de la STJUE de 14 de septiembre de 2023 (asunto C-632/21), respecto de la aplicación del art. 6 del Reglamento Roma I, es la siguiente:

- el art. 6.1 del Reglamento Roma I debe interpretarse en el sentido de que cuando un contrato de consumo cumpla los requisitos establecidos en el art. 6.1, las partes del contrato podrán elegir, de conformidad con el art. 3, la ley aplicable al contrato, siempre que, no obstante, esa elección no acarree, para el consumidor de que se trate, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con dicho art.6.1, que dispone que tal contrato se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual; - - habida cuenta del carácter imperativo y exhaustivo del art. 6.2. 2, no pueden establecerse excepciones a esta disposición en favor de una legislación supuestamente más favorable para el consumidor. - - La decisión del STJUE se basa en las siguientes consideraciones:

«71 De conformidad con el artículo 6, apartado 2, del Reglamento Roma I, en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, las partes podrán elegir la ley aplicable a dicho contrato, sin que tal elección pueda, sin embargo, acarrear para el consumidor la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable con arreglo al artículo 6, apartado 1, del referido Reglamento, que establece que tal contrato se



regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de febrero de 2022, ShareWood Switzerland, C-595/20, EU:C:2022:86, apartados 15 y 16).

»72 Es preciso además que el contrato en cuestión cumpla los requisitos establecidos en el mencionado artículo 6, apartado 1, a saber, que el contrato haya sido celebrado por el consumidor para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional, que el profesional ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual o que por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido este país, y el citado contrato esté comprendido en el ámbito de dichas actividades.

»73 En el caso de autos, en el supuesto de que el contrato controvertido cumpla los requisitos establecidos en el artículo 6, apartado 1, del Reglamento Roma I, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, la elección de la ley aplicable por las partes no podrá, con arreglo al artículo 6, apartado 2, del referido Reglamento, acarrear, para el consumidor afectado, la pérdida de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley del país en el que tenga su residencia habitual.

»74 Pues bien, esto no es lo que sucede en la situación controvertida en el litigio principal, ya que la ley aplicable elegida es la del país en el que los consumidores de que se trata tienen su residencia habitual, a saber, la ley inglesa.

»75 Una interpretación en virtud de la cual fuese posible establecer excepciones a las normas de conflicto de leyes previstas en el Reglamento Roma I para determinar la ley aplicable a los contratos de consumo, debido a que otra ley sería más favorable para el consumidor, menoscabaría necesariamente de manera considerable la exigencia general de previsibilidad de la ley y, por tanto, el principio de seguridad jurídica en las relaciones contractuales de los consumidores (véase, por analogía, la sentencia de 12 de septiembre de 2013, Schlecker, C64/12, EU:C:2013:551, apartado 35).

»76 Además, dado que el artículo 6 del Reglamento Roma I tiene un carácter no solo específico, sino también exhaustivo, las normas de conflicto de leyes previstas en dicho artículo no pueden ser modificadas o completadas por otras normas de conflicto de leyes establecidas en el referido Reglamento, a menos que una disposición particular que figure en el citado artículo haga una remisión expresa a ellas (véase, por analogía, la sentencia de 20 de octubre de 2022, ROI Land Investments, C-604/20, EU:C:2022:807, apartados 40 y 41)».

8. La STJUE de 14 de septiembre de 2023, dictada en el asunto C-821/21, se pronuncia además sobre la validez de una cláusula no negociada de elección de la ley aplicable cuando esa ley coincide con la del lugar donde el consumidor tiene su residencia habitual, en atención a que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional, en lo referente tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas.

El TJUE recuerda que, con arreglo a su propia jurisprudencia, una cláusula de elección de la ley aplicable contenida en las condiciones generales de venta de un profesional y que no ha sido negociada individualmente, en virtud de la cual la ley del Estado miembro del domicilio social del profesional de que se trate es aplicable al contrato en cuestión, es abusiva, en el sentido del art. 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, cuando induzca a error al consumidor de que se trate, dándole la impresión de que únicamente esa ley se aplica al contrato, sin informarle de que le ampara también, en virtud del art. 6.2 del Reglamento Roma I, la protección que le garantizan las disposiciones imperativas del Derecho que sería aplicable de no existir esa cláusula (véase, en este sentido, la sentencia de 28 de julio de 2016, Verein für Konsumenteninformation, C-191/15, EU:C:2016:612, apartado 71), a saber, las de la ley del país en el que tenga su residencia habitual. A este respecto, recuerda el TJUE que el art. 6.2 del Reglamento dispone que, en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, las partes podrán elegir la ley aplicable a dicho contrato, precisando, no obstante, que esa elección no podrá acarrear para el consumidor la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el art. 6.1 del referido Reglamento, que establece que tal contrato se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de febrero de 2022, ShareWood Switzerland, C-595/20, EU:C:2022:86, apartados 15 y 16).

Pero, concluye el TJUE, puesto que el caso remitido al Tribunal de Justicia en el contrato controvertido se estipula, mediante una cláusula predispuesta, que la ley de Inglaterra y Gales es aplicable, lo que parece coincidir con la ley del país en el que el demandante en el litigio principal tiene su residencia habitual, que es también la ley de Inglaterra y Gales, se entiende que el art. 3 no se opone a una cláusula de elección de la ley aplicable que figura en las condiciones generales de un contrato o en un documento diferenciado al que se remita el contrato y que haya sido entregado al consumidor, siempre que tal cláusula informe al consumidor de que le ampara, en todo caso, en virtud del art.



6.2 del citado Reglamento, la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley del país en el que tenga su residencia habitual.

9. En el asunto que da lugar a la STJUE de 14 de septiembre de 2023 del asunto C-821/21, para el caso de que la cláusula de elección de ley aplicable se declarase inválida, mediante las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta el tribunal remitente pregunta si el art. 6.1 del Reglamento Roma I debe interpretarse en el sentido de que, por un lado, las dos partes del contrato, incluido el profesional, pueden invocar esa disposición para determinar la ley aplicable al contrato y, por otro lado, si la ley así determinada se aplica aun cuando la ley prevista en el art. 6.3 del referido Reglamento, a saber, la ley aplicable al mismo contrato con arreglo a los arts. 3 y 4 del citado Reglamento, pueda ser más favorable para el consumidor.

En atención al carácter específico y exhaustivo del art. 6.1 del Reglamento Roma I, la STJUE de 14 de septiembre de 2023, dictada en el asunto C-821/21, concluye que, cuando un contrato de consumo cumple los requisitos del art. 6.1, y a falta de elección válida relativa a la ley aplicable a dicho contrato efectuada por las partes, esta ley debe determinarse con arreglo al art. 6.1 del Reglamento Roma I. Según el TJUE no puede adoptarse ninguna otra ley, aun cuando esa otra ley, determinada, en particular, en virtud de los criterios de conexión previstos en el art. 4 del mencionado Reglamento, sea más favorable para el consumidor (parágrafos 84, 85 y 88 de la sentencia).

Explica el TJUE que solo para el supuesto de que el contrato en cuestión no cumpla los requisitos establecidos en el art. 6.1, letras a) o b), del Reglamento Roma I, el art. 6.3, de este Reglamento precisa que la ley aplicable a ese contrato se determinará de conformidad con los artículos 3 y 4 de dicho Reglamento, en cuyo caso el órgano jurisdiccional que conozca del asunto podrá, en particular, determinar esta ley teniendo en cuenta el país con el que el contrato presente los vínculos más estrechos (parágrafo 83 de la sentencia).

Razona el TJUE que una interpretación contraria, en virtud de la cual fuese posible establecer excepciones a las normas de conflicto de leyes previstas en el Reglamento Roma I para determinar la ley aplicable a los contratos de consumo, debido a que otra ley sería más favorable para el consumidor, menoscabaría necesariamente de manera considerable la exigencia general de previsibilidad de la ley aplicable y, por tanto, el principio de seguridad jurídica en las relaciones contractuales de los consumidores (véase, por analogía, la sentencia de 12 de septiembre de 2013, Schlecker, C-64/12, EU:C:2013:551, apartado 35) (parágrafo 86 de la sentencia). Y ello porque, al designar la ley del país en el que el consumidor tiene su residencia habitual como aplicable, el legislador de la Unión consideró que dicha ley ofrece una protección adecuada al consumidor, sin que esta designación deba, no obstante, conducir necesariamente a que se aplique, en todos los casos, la ley más favorable para el consumidor -por analogía, la sentencia de 12 de septiembre de 2013, Schlecker, C-64/12, EU:C:2013:551, apartado 34- (parágrafo 87 de la sentencia).

SÉPTIMO.- *Aplicación al caso de la doctrina del TJUE. La ley aplicable a los contratos litigiosos es la inglesa*

1. La sentencia recurrida considera que las cláusulas de sumisión a la ley inglesa contenidas en los contratos litigiosos son nulas por abusivas al entender que no puede excluirse la ley española, que es imperativa, por aplicación de los arts. 67.2 y 90.3 TRLGDCU.

El art. 67.1 TRLGDCU, por lo que ahora interesa, se limita a recordar que la ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores se determinará por lo previsto en el Reglamento Roma I, así como por las demás disposiciones del Derecho de la Unión Europea que les sean de aplicación. El art. 67.2 TRLGDCU ordena, además, la aplicación de las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en los arts. 82 a 91 cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando este mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo (lo que se presume cuando el empresario ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo, o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades; en los contratos relativos a inmuebles se entiende, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro). Por su parte, el art. 90 TRLGDCU considera abusiva la cláusula de sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.

Pero tanto el art. 67.1 como el art. 90 TRLGDCU deben interpretarse y aplicarse necesariamente conforme a la doctrina del TJUE, de acuerdo con el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea y lo dispuesto en el art. 4 bis LOPJ, que ordena a los jueces y tribunales aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Partiendo de que en el caso no se discute que la ley elegida en el contrato coincide con la de la residencia habitual de los consumidores demandantes y que la empresa dirige sus actividades al Estado de su residencia



habitual, así como a otros Estados, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE contenida en las sentencias de 14 de septiembre de 2023 (asuntos C-632/21 y C-821/21) y reseñada en el anterior fundamento, la ley aplicable a los contratos litigiosos es la inglesa.

De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE que resulta de las sentencias de 14 de septiembre de 2023 (asuntos C-632/21 y C-821/21), aunque fuera una condición general no negociada, la cláusula de sumisión al derecho inglés es válida, puesto que dada la coincidencia de la ley elegida con la de la residencia habitual de los consumidores, su aplicación no les priva de la protección que les ofrecen las normas imperativas del Estado de su residencia habitual.

En este caso, por tanto, en el que los consumidores tienen su residencia habitual en el Reino Unido, la interpretación efectuada por la sentencia recurrida no es conforme a la doctrina del TJUE y debe ser rechazada.

2. Frente a esta conclusión no pueden aceptarse las alegaciones de la recurrida, que basa la aplicación de la ley española en la excepción que el art. 6.4.a) del Reglamento Roma I hace a lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del art. 6 para el caso de los contratos de prestación de servicios cuando deban prestarse al consumidor exclusivamente en un país distinto de su residencia habitual. Como resulta con claridad de lo dispuesto en el art. 6.4.c) del Reglamento Roma I, los apartados 1 y 2 del art. 6 sí se aplican a los contratos «relativos al derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido con arreglo a la definición de la Directiva 94/47/CE» (sustituida luego por la Directiva 122/2008, de 14 de enero).

3. Tampoco puede sostenerse que todas las normas contenidas en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, deban calificarse de normas internacionalmente imperativas, «leyes de policía» en los términos del art. 9 del Reglamento Roma I, con la consecuencia de que deban ser aplicadas necesariamente por los tribunales españoles cualquiera que fuese la ley aplicable conforme el propio Reglamento por constituir disposiciones imperativas cuya observancia se considera en nuestro país esencial para la salvaguardia de nuestros intereses públicos, tales como nuestra organización política, social o económica

La STJUE de 14 de septiembre de 2023, dictada en el asunto C-632/21, no llega a pronunciarse por considerar inadmisibles las cuestiones prejudiciales cuarta planteada por el tribunal remitente sobre este particular por no haber aportado ni siquiera un principio de explicación sobre los aspectos procesales de las obligaciones impuestas por las Leyes españolas 42/1988 y 4/2012, o sobre las circunstancias excepcionales que justificarían tener en cuenta consideraciones de interés público que tales disposiciones pretenden salvaguardar. Sin embargo, contiene algún pronunciamiento de interés:

«78. Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional según la cual todos los contratos relativos al aprovechamiento por turno de bienes inmuebles están sujetos a las disposiciones de dicha normativa, con independencia de la elección realizada por las partes en cuanto a la ley aplicable al contrato de que se trate.

»79 Al igual que han hecho la mayoría de las partes que han presentado observaciones escritas en el litigio principal, procede recordar que, en virtud del artículo 9 del Reglamento Roma I, las disposiciones de este no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro, que constituyen disposiciones imperativas cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato con arreglo al referido Reglamento (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de octubre de 2013, Unamar, C-184/12, EU:C:2013:663, apartado 48).

»80 Sin embargo, y sin siquiera invocar el mencionado artículo 9, el órgano jurisdiccional remitente se limita a citar, en el marco de su cuarta cuestión prejudicial, un extracto de la disposición adicional segunda de la Ley 42/1998, en virtud de la cual todos los contratos sobre derechos relativos al aprovechamiento por turno de un inmueble situado en España quedan sujetos a las disposiciones de dicha Ley, sin referirse, no obstante, al tenor de la Ley 4/2012, que parece establecer disposiciones menos restrictivas en relación a tal aprovechamiento y respecto de la cual ese órgano jurisdiccional no excluye, como se desprende del auto de remisión, que también sea aplicable».

4. En su escrito de oposición al recurso de casación, la parte recurrida se refiere al carácter tuitivo de la legislación española en materia de aprovechamiento por turno, lo que a su juicio comportaría que no pudiera aplicarse la ley inglesa, dado el carácter más protector de la ley española.

Sin embargo, como ya hemos dicho, de la aplicación de la doctrina de las sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2023 reseñadas resulta que la ley aplicable es la inglesa y, por lo que decimos a



continuación, no hay razón para considerar que las normas de la Ley 4/2012 que regulan el régimen de los derechos de aprovechamiento por turno, vigente cuando se celebraron los contratos litigiosos, sean normas internacionalmente imperativas cuya aplicación se imponga a las de la legislación inglesa.

El art. 23 del Reglamento Roma I deja a salvo la aplicación de disposiciones de Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes. Y, bajo el título «Carácter imperativo de la Directiva y aplicación en casos internacionales», el art. 12 de la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, establece:

«Art. 12. Carácter imperativo de la Directiva y aplicación en casos internacionales

»1. Los Estados miembros velarán por que, si la legislación aplicable al contrato es la de un Estado miembro, el consumidor no pueda renunciar a los derechos que le confiere la presente Directiva.

»2. Si la normativa aplicable fuera la de un tercer país, el consumidor no quedará privado de la protección que le otorga la presente Directiva, tal como la aplique el Estado miembro del foro:

»- si alguno de los bienes inmuebles en cuestión está situado en el territorio de un Estado miembro, o

»- en el caso de un contrato no directamente relacionado con un bien inmueble, si el comerciante ejerce sus actividades comerciales o profesionales en un Estado miembro o por cualquier medio dirige estas actividades a un Estado miembro y el contrato está comprendido en el marco de dichas actividades».

La finalidad de esta disposición es garantizar la protección que deriva de la Directiva cuando, por aplicación del art. 6.1 del Reglamento Roma I, sea aplicable la ley de un tercer Estado no miembro.

El art. 17 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, vigente cuando se celebraron los contratos litigiosos, transpone de manera directa el art. 12 de la Directiva 2008/122/CE:

«Artículo 17. Normas de Derecho Internacional Privado. En el caso de que la ley aplicable al contrato entre un empresario y el consumidor adquirente de derechos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de productos vacacionales de larga duración, de reventa o de intercambio, sea, con arreglo al Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), la ley de un Estado no miembro del Espacio Económico Europeo, el consumidor podrá invocar la protección jurídica que le otorga la presente Ley, en cualquiera de los siguientes casos:

»a) Cuando alguno de los inmuebles en cuestión esté situado en el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

»b) Cuando el contrato, no estando directamente relacionado con un bien inmueble, lo esté con las actividades que el empresario ejerza en un Estado miembro o que tengan proyección en un Estado miembro».

De esta forma, el art. 17 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, integrado en su título I, trae causa del art. 12 la Directiva 2008/122/CE, conforme a la cual debe interpretarse, de modo que cuando se dé alguno de los casos que se menciona en sus letras a) o b), si conforme al Reglamento Roma I es aplicable la ley de un Estado no miembro del Espacio Económico Europeo, el consumidor podrá invocar la protección jurídica que deriva de la Directiva.

Sin embargo, en el caso litigioso esta previsión carece de interés porque, dada la fecha de celebración de los contratos, la ley aplicable, la inglesa, seguiría siendo la ley de un Estado miembro y, por tanto, aplicable la protección que deriva de la Directiva, quedando garantizado el nivel de protección exigido por el legislador europeo por la aplicación del derecho inglés que transpuso la Directiva.

Por otra parte, el art. 23.8 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, que no trae causa de la Directiva, y se encuentra integrado en el título II de la Ley (referido a la configuración del derecho de aprovechamiento por turno sobre inmuebles), deja a salvo la validez de las fórmulas contractuales que sean válidas conforme a la ley aplicable de acuerdo con el Reglamento de Roma I, lo que difícilmente es compatible con la atribución a las fórmulas contractuales españolas del carácter de leyes de policía o normas internacionalmente imperativas que pretende la parte recurrente. En concreto, dispone el art. 23.8 de la Ley 4/2012:

«Lo dispuesto en el presente título no es obstáculo para la validez de cualquier otra modalidad contractual de constitución de derecho de naturaleza personal o de tipo asociativo, que tenga por objeto la utilización de uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un periodo de ocupación, constituidas al amparo y en los términos contenidos en las normas de la Unión Europea, en particular, en el Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones

contractuales (Roma I) y en los convenios internacionales en que España sea parte. A todas estas modalidades contractuales les será de aplicación lo dispuesto en el título I de esta Ley».

En definitiva, que sin entrar en la valoración de si las disposiciones de la Ley 4/2012, vigente cuando se firmaron los contratos litigiosos, son menos restrictivas en relación con el derecho de aprovechamiento por turno de inmuebles situados en España, a lo que alude la STJUE de 14 de septiembre de 2023, dictada en el asunto C-632/21, en su párrafo 80, debemos concluir que las disposiciones de esta Ley que no vienen exigidas por la Directiva no son normas internacionalmente imperativas por el hecho de que el inmueble esté en España.

5. Por las razones expuestas procede concluir que la recurrente en casación tiene razón en cuanto a que la ley aplicable a los contratos litigiosos, de acuerdo con las normas de conflicto aplicables, es la inglesa.

OCTAVO.- Prueba del derecho extranjero aplicable

1. La parte recurrida se ha opuesto de manera subsidiaria al recurso de casación señalando que la recurrente no ha probado el contenido de la ley inglesa de manera que, a falta de prueba del derecho extranjero, debe aplicarse la ley española, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 33 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, y 281.2 LEC, sin que el juez pueda practicar de oficio la prueba del derecho extranjero debe aplicarse la ley española, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 33 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, y 281.2 LEC, sin que el juez pueda practicar de oficio la prueba del derecho extranjero (cita una STS de 10 de julio de 2005, debe referirse a una sentencia de 19 de junio de 2005) y la STC 155/2001, de 2 de julio de 2001.

En este caso, por las razones que exponemos a continuación, debemos dar la razón a la parte recurrente.

2. El art. 12.6 CC proclama la imperatividad de las normas de conflicto del Derecho español (de origen interno, convencional internacional, o procedentes de la Unión Europea), que deben aplicarse de oficio, lo que comporta que el juez deba resolver el litigio de acuerdo con la norma designada por las normas de conflicto aplicables.

Desde el punto de vista procesal, el derecho extranjero, aun siendo derecho, es objeto de prueba. Conforme al conforme al art. 281.2 LEC: «El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación». El derecho extranjero debe probarse porque el juez español no está obligado a conocerlo, y la mera alegación del derecho extranjero no equivale a su prueba. El tribunal puede apoyar la prueba del derecho extranjero, pero no puede sustituir a las partes.

Por su parte, el art. 33 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, bajo el título «De la prueba del Derecho extranjero» establece:

«1. La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia.

»2. Los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

»3. Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español.

»4. Ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre Derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles»

Respecto del art. 33, el preámbulo de la Ley 29/2015, de 30 de julio, declara:

»«En materia de prueba del Derecho extranjero, no se estima conveniente alterar el sistema español vigente tras la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, pero se considera prudente especificar que, cuando no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español, en evitación así de una denegación de justicia que podría ser injustificada si se desestimara la demanda, y en búsqueda de la efectiva tutela judicial.

»Se ha buscado de este modo incidir en uno de los aspectos más controvertidos del sistema de alegación y prueba del Derecho extranjero. Nuestro sistema se caracteriza por ser un sistema mixto que combina el principio de alegación y prueba a instancia de parte con la posibilidad de que el tribunal complete dicha prueba, valiéndose de cuantos medios de averiguación estime necesarios. No se especificaba hasta la fecha qué había que hacer en aquellos supuestos en los que el Derecho extranjero no haya podido probarse. En la práctica forense se habían propuesto en esencia dos soluciones, la desestimación de la demanda y la aplicación de la *lex fori*. El presente texto se decanta por esta última solución, que es la tradicional en nuestro sistema y la mayoritaria en los sistemas de Derecho Internacional privado de nuestro entorno. Es, asimismo, la solución



que más se adecua a la jurisprudencia constitucional de la que se deduce que la desestimación de la demanda conculcaría en determinados supuestos el derecho a la tutela judicial efectiva.

»Debe entenderse que la falta de prueba del Derecho extranjero dentro de un proceso judicial es algo excepcional que solo sucederá cuando las partes no consigan probar el Derecho extranjero y sin olvidar la posibilidad de que el tribunal coopere en la acreditación de dicho contenido. Además, han de respetarse los sistemas específicos que en leyes especiales prevean otras soluciones iguales o diversas, por referencia, por ejemplo a la normativa de protección de consumidores y usuarios así como a la registral civil.

»Esta ley, además, clarifica la interpretación del valor probatorio de la prueba practicada con arreglo a los criterios de la sana crítica y determina el valor de los informes periciales sobre la materia».

De esta forma, a la vista del tenor del art. 33.3 y de lo manifestado en el preámbulo de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, la aplicación subsidiaria del derecho español procede, de manera excepcional, cuando no pueda probarse el derecho extranjero aplicable, sin olvidar, se dice, la posibilidad de que el tribunal coopere en la acreditación de dicho contenido.

El art. 33 de la Ley 29/2015 solo establece una solución expresa para los casos de falta de prueba del derecho extranjero en los casos en «que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero». Para estos casos, la previsión legal de la excepcionalidad de la aplicación del derecho español enlaza con la anterior jurisprudencia del Tribunal Constitucional, conforme a la cual, desde el punto de vista constitucional la aplicación del Derecho español se contempla como una posibilidad dirigida a evitar una denegación de justicia que podría ser injustificada si se desestimara la demanda. Por eso, las decisiones del Tribunal Constitucional en los casos en los que el Derecho extranjero no ha sido probado no han sido idénticas.

Así, la STC 10/2000, de 17 de enero de 2000, estimó el recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) frente a la sentencia que desestimó la demanda de separación matrimonial por falta de acreditación del derecho armenio aplicable en un caso en el que, ante las alegaciones de dificultad probatoria del derecho armenio manifestadas por la parte como consecuencia de la situación política vivida en su país, el tribunal ordenó una comisión rogatoria que terminó con un informe sobre unas materias que nada tenían que ver con lo solicitado pero, antes de que se devolviera la segunda comisión rogatoria, rechazó sin motivación suspender la vista y dictar sentencia desestimatoria. La estimación del recurso de amparo determinó la nulidad de la sentencia y la retroacción de actuaciones para que se procediera a la práctica de la prueba de derecho extranjero que había quedado frustrada por la actuación del propio tribunal.

También estimó el recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva la STC 33/2002, de 11 de febrero de 2002, frente a la sentencia que declaró inadmisibile la demanda y no entró en el fondo de la pretensión por apreciar como óbice la falta de prueba del derecho extranjero, cuando al ser la demandada la que había invocado el derecho inglés era a ella a quien correspondía acreditar su contenido y vigencia. En este caso la estimación del recurso de amparo determinó la nulidad de la sentencia y la retroacción de actuaciones al momento anterior a su dictado para que el órgano judicial resolviera sobre el fondo de la pretensión ejercitada en el proceso.

Cuando ha sido la parte demandante quien ha invocado el derecho extranjero como fundamento de su pretensión, pero sin acreditar su vigencia y contenido, y pretende que se estime su pretensión conforme al derecho español, el Tribunal Constitucional ha considerado que no procedía estimar el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia que rechaza aplicar el derecho español. En este sentido, el ATC 422/2004, de 4 de noviembre de 2004, considera que la resolución recurrida razona de manera lógica y jurídica que es la falta de acreditación por la parte demandante del contenido de la ley extranjera (turca) en la que fundamenta su pretensión la razón por la que el tribunal no puede conocer y resolver sobre el derecho reclamado fundado en tal legislación extranjera, por lo que hay motivación suficiente sin indefensión.

Y es la falta del plus de motivación exigible cuando la sentencia se aparta de la jurisprudencia la razón por la que la STC 155/2001, de 2 de julio de 2001, estima el amparo frente a la resolución judicial que no explicita las razones por las que revoca la decisión judicial que previamente había estimado la demanda aplicando el derecho español por no haber quedado acreditado el derecho extranjero (chino) invocado por el demandado.

3. En el caso que juzgamos procede desestimar la demanda por las razones siguientes.

La parte demandante, ahora recurrida, pretende que se declare la nulidad de unos contratos con apoyo en el Derecho español. Pero, tal y como hemos expuesto, de conformidad con las normas de conflicto imperativamente aplicables (art.12.6 CC), no es aplicable al fondo del asunto el Derecho español, sino el Derecho inglés.



El tribunal, sin embargo, no puede aplicar el Derecho inglés porque corresponde a las partes la prueba del derecho extranjero (art. 281.2 LEC y art.

33.1 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil). En el caso no ha sido probado el Derecho inglés y el tribunal desconoce si con arreglo al mismo los contratos impugnados son nulos, que es lo que pretende que se declare la parte actora.

El tribunal tampoco puede valorar si concurren los fundamentos constitutivos de la pretensión de nulidad invocados en la demanda conforme al Derecho español porque no es este el Derecho aplicable de acuerdo con la norma de conflicto y porque la aplicación del Derecho español tampoco puede basarse en este caso en el art. 33.3 de la citada Ley 29/2015, de 30 de julio. Este precepto ofrece una respuesta "excepcional", según su propia dicción, y por tanto solo para el caso de que se ocupa, y que consiste en que no sea posible para las partes la prueba del derecho extranjero. Para este supuesto se admite que el tribunal "pueda" aplicar el Derecho español («Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español»).

El preámbulo de la Ley 29/2015 aclara que la regulación que introduce respeta «los sistemas específicos que en leyes especiales prevean otras soluciones iguales o diversas», y en este sentido alude expresamente a la normativa de protección de consumidores y usuarios (que como vamos a ver consagra una solución igual a la prevista en el art. 33.3 de la Ley 29/2015) y a la registral civil (el art. 100 LRC 2011 recoge una solución específica para la inscripción de hechos y actos relativos al registro civil conforme al derecho extranjero).

El art. 67.1 TRLGDCU (redactado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo) en su último inciso establece: «Cuando no se haya podido determinar el contenido de la ley extranjera, se aplicará subsidiariamente la ley material española». Es decir, que al igual que el art. 33.3 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, el art. 67.1 TRLGDCU subordina la aplicación subsidiaria de la ley española a que «no se haya podido probar» la ley extranjera, solución que no es de aplicación cuando, como sucede en el caso, la pretensión de la parte demandante debería fundarse, conforme a lo previsto en los contratos que suscribió, en el Derecho inglés y, sin embargo, ni ha alegado ni probado que conforme a ese derecho los contratos sean nulos, ni ha hecho mención a la imposibilidad de prueba de tal derecho, sin que sea razonable imponer a la parte demandada que niega correctamente la aplicación del Derecho español la prueba de que los contratos son válidos conforme al Derecho inglés.

En definitiva, de acuerdo con lo razonado, estimamos el recurso de casación por ser aplicable a los contratos litigiosos la ley inglesa y, al asumir la instancia, desestimamos la demanda, pues la pretensión ejercida por la parte actora funda la nulidad de los contratos en fundamentos jurídicos de un derecho que no es de aplicación, sin que el tribunal pueda resolver aplicando un derecho extranjero en el que la parte actora debió fundamentar su pretensión pero que no ha invocado ni probado.

NOVENO.- Costas

La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal determina la imposición de las costas devengadas por el mismo a la parte recurrente.

La estimación del recurso de casación determina que no se impongan las costas de dicho recurso.

La estimación del recurso de casación comporta la estimación del recurso de apelación interpuesto por la demandada y la desestimación de la demanda, por lo que no se imponen las costas de la apelación y se imponen a la actora las costas de la primera instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuestos por Diamond Resort Europe Limited, Sucursal en España, contra la sentencia, de fecha 9 de mayo 2022, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 52/2021 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 252/2019 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Fuengirola.

2.º- Anular la mencionada sentencia y, en su lugar, estimar el recurso de apelación interpuesto por Diamond Resort Europe Limited, Sucursal en España, y desestimar la demanda interpuesta en su día por Carlos Antonio y Dulce .

3.º- Imponer a Diamond Resort Europe Limited, Sucursal en España, las costas devengadas por el recurso extraordinario por infracción procesal y ordenar la pérdida del depósito constituido para interponer ese recurso.



4.º- No hacer imposición de las costas del recurso de casación ni de las del recurso de apelación interpuestos por Diamond Resort Europe Limited, Sucursal en España, y ordenar la devolución de los depósitos constituidos.

5.º- Imponer a Carlos Antonio y Dulce las costas de la primera instancia.

6.º- Declarar inadmisibile el documento aportado por Carlos Antonio y Dulce mediante su escrito de fecha 20 de octubre de 2023, y ordenar su devolución a la parte.

7.º- Declarar inadmisibile la documentación aportada por Diamond Resort Europe Limited, Sucursal en España, mediante su escrito de fecha 1 de febrero de 2024, y ordenar su devolución a la parte.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ