



Roj: **SAP MA 1857/2025 - ECLI:ES:APMA:2025:1857**

Id Cendoj: **29067370062025100528**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **6**

Fecha: **23/04/2025**

Nº de Recurso: **1875/2024**

Nº de Resolución: **490/2025**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **LUIS SHAW MORCILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia provincial de Málaga

Sección VI

SENTENCIA N° 490/2025

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

Don José Javier Díez Núñez

MAGISTRADOS

Don Luis Shaw Morcillo

Don Enrique Sanjuán y Muñoz

En Málaga a 23 de abril de 2025

Vistos en grado de apelación, por la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial los autos de Incidente Concursal seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Málaga, incidente nº 346/22, rollo de apelación de esta Audiencia nº 1875/24, demanda a instancia de D. Hermenegildo y Dña. Manuela, representados por la procuradora Sra. Guerrero Claros y asistidos por el letrado Sr. Serrano Suárez, contra la concursada Paradise Trading, S.L.U., representada por el procurador Sr. López Armada, y asistida por al letrada Sra. Gil Ibáñez; contra RMF Andalusian Management S.L., representada por el procurador Sr. Rey Val y asistida por el letrao Sr. Buendía Colmenero; y contra la administración concursal.

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la Sentencia apelada, dictada por el Juzgado de Primera Instancia

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por dicho Juzgado y en la fecha de 28/6/24, se dictó sentencia que contiene el siguiente FALLO: "DESESTIMO LA DEMANDA presentada por la procuradora Sra. Guerrero Claros en nombre y representación de D. Hermenegildo y Dña. Manuela, contra la concursada Paradise Trading, S.L.U., contra RMF Andalusian Management S.L.; y contra la administración concursal; absolviendo a los demandados de las pretensiones ejercitadas frente a los mismos.

Las costas se imponen a la parte actora".

SEGUNDO.-Contra dicha sentencia se interpuso por en tiempo y forma, recurso de apelación por la parte demandante, siendo admitido a trámite y dándose traslado a las demás partes del escrito de apelación e impugnación, se presentó escrito de oposición, quedó señalado para la deliberación, votación y fallo el día de hoy en que tuvo lugar, quedando las actuaciones sobre la mesa para dictar la resolución oportuna.

TERCERO.-En la tramitación de este recurso se han observado las normas y formalidades legales.



Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Luis Shaw Morcillo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.-La sentencia de instancia desestima la demanda presentada por los Srs. Hermenegildo Manuela que pretendía la nulidad de un contrato de aprovechamiento por turnos de inmuebles turísticos suscrito por los ellos y la entidad PARADISE TRADING SLU el día 10/10/12, desestimando igualmente la condena solidaria a la entidad RMF ANDALUSIAN MANAGEMENT, S.L. La sentencia considera que no tiene legitimación esta última entidad para responder de las obligaciones que se le reclaman y con relación a la acción principal estima que no queda acreditado el contenido de la legislación inglesa no siendo posible efectuar un análisis de la misma y determinar la concurrencia de una causa de nulidad.

Los demandantes recurren la sentencia volviendo a aducir la legitimación pasiva de RMF y considera que en defecto de prueba de la ley extranjera debe de aplicarse la ley española y por ende debe declararse su nulidad. Los demandados se oponen al recurso y a la vez impugnan parcialmente la sentencia al considerar que si ha quedado acreditada el contenido de la ley inglesa.

Segundo.-Gran parte del extenso recurso de los apelantes se centra en la estimación de la falta de legitimación pasiva de RMF. Aduce así en primer lugar el recurso que se trata de una cuestión material no formal, y así es como lo ha entendido la sentencia de instancia.

Y efectivamente, la parte demandada no estaba planteando un defecto de tipo procesal (falta de legitimación ad procesum o falta de capacidad procesal) que supone la falta de personalidad recogida en los arts. 6 y siguientes LECi que supone el reconocimiento de falta de capacidad de obrar, personal o representativa, necesaria para actuar como sujeto de la relación jurídico-procesal, e impide el examen del fondo de la cuestión litigiosa. Lo que cuestiona sería la falta de acción o de ser sujeto que deba soportar la misma, que afecta al fondo de la litis, a la titularidad del derecho que se pretende o a la idoneidad para ser sujeto pasivo de dicha acción. Y sobre ello resuelve la sentencia de instancia, sobre una cuestión de fondo, entendiendo por los argumentos que recoge, que RMF no está obligado a responder de las pretensiones que contra ella se deducen.

Tercero.-Después se aduce en el recurso el principio de efectividad del derecho europeo y el alto grado de protección que se presta a los consumidores, sin que pueda exigirse a estos la probatio diabólica de demostrar las opacas operaciones intragrupo; reiterándose nuevamente la infracción del art. 10 LECi y el carácter abusivo del contrato firmado.

Todo ello es cierto, al menos en lo relativo al principio de efectividad y protección del consumidor, pues lo referente al carácter abusivo del contrato sería cuestión de fondo. Pero eso no implica que deba condenarse a la entidad demandada por las meras alegaciones del actor; que el Derecho Europeo sea especialmente protector de los consumidores y en tal sentido se imponga sobre las legislaciones nacionales para dispensar tal protección, no significa que deba condenarse a una sociedad por el mero hecho de que el consumidor considere que es responsable o que procede el levantamiento del velo. Para que prospere la acción y pueda aplicarse esa función tuitiva del derecho es necesario que se acredite que la demandada es responsable de la pretensión que contra ella se ejercita; la protección del consumidor, aun cuando la interpretación de la norma y los elementos probatorios puedan ser favorables al mismo (en particular por el plano de desigualdad en que puede encontrarse el consumidor frente a las grandes empresas), no significa que se le dispense de probar los elementos constitutivos de su demanda; y en particular, de la legitimación de los demandados.

Cuarto.-La teoría del levantamiento del velo, en la cual basa el apelante gran parte de su recurso, es una figura anglosajona a través de la cual se pretende evitar una simulación en la constitución de una sociedad que signifique la elusión en el cumplimiento de un contrato o la burla de la ley como protectora de derechos (STS 31 de octubre de 1996) desvelando la verdadera situación en relación con la personalidad para evitar ficciones fraudulentas que perjudiquen a terceros. La idea central y básica consiste en que no cabe la alegación de separación de patrimonios de la persona jurídica, respecto de otra persona jurídica o de otra persona física, cuando tal separación resulta ficticia y pretende un fin fraudulento, como el incumplimiento contractual o aparentar insolvencia (STS 22/11/00). Ahora bien, si ciertamente el abuso de las diversas formas societarias para conseguir ampararse en la limitación de responsabilidad que las sociedades de capital conllevan puede ser abusivo; tampoco se puede obviar la idea de que la limitación de la responsabilidad de los socios (y de los administradores sociales) es un principio que el legislador admite y tutela, de forma que la mera existencia de deudas de la persona jurídica creada no puede ser la que justifique la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, se termine haciendo responsables de ella a sus socios por la imposibilidad de realizarlas con el patrimonio social.



Conforme a la jurisprudencia, el conflicto entre lo que serían los dos extremos opuestos, seguridad jurídica (respeto a la limitación de responsabilidad y a la propia personalidad que se reconoce a las sociedades) y justicia (evitar el fraude y el perjuicio al acreedor) consagrados en la Constitución se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. 7 del Código Civil), penetrar en el «substratum» personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 del Código Civil), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (levantar el velo jurídico) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia en daño ajeno o de «los derechos de los demás o contra interés de los socios (así lo indica SAP Barcelona 19/5/16).

Los supuestos en que puede acudir a esta figura son muy variados, como indica la STS núm. 326/2012, de 30 de mayo, lo que ha dado lugar en la práctica a una tipología de supuestos muy amplia que justificarían el levantamiento del velo, sin que tampoco constituyan numerus clausus. Pero el hecho de no tratarse de un catálogo cerrado, señala esta sentencia, no justifica que pueden mezclarse un tipo de supuestos con otro, pues en la práctica cada una de ellos requiere sus propios presupuestos además, pueden conllevar distintas consecuencias; ni tampoco, añadimos nosotros, aludir simplemente a la teoría del levantamiento del velo ante el impago de la deuda sin mayor justificación, ni concreción del porqué de la procedencia de esta teoría.

Entre ellos, y sería la base de la apelación, estaría la confusión de patrimonio y de personalidades entre sociedades de un mismo grupo. Así sería el caso de grupo de empresas con una apariencia exterior independiente pero con una organización interna unitaria, de la que la codemandada ha formado parte siendo su sucesora (analizado en SAP Barcelona 19/5/16). Pero debe tenerse en cuenta que los grupos de sociedades son perfectamente lícitos en nuestro ordenamiento jurídico y en tal sentido la jurisprudencia civil es respetuosa con la concepción formal de la sociedad y con la limitación de responsabilidad que comporta, de forma que no puede considerarse que la constatación de la existencia de un grupo de sociedades sea, por sí misma, razón suficiente para el levantamiento del velo societario. Por consiguiente, para que pueda estar justificada la aplicación de la doctrina sobre el levantamiento del velo en una situación de grupo de sociedades es preciso que concurra alguna de las razones que produzca un abuso de la personalidad jurídica.

Sería el supuesto que se produce cuando las sociedades del grupo mantienen una apariencia de seriedad y de respeto a las reglas de juego que marca el Derecho de sociedades, si bien defraudan a los acreedores a través de la práctica de llevar el patrimonio a sociedades solventes del grupo. Pero estos trasvases patrimoniales no justifican únicamente por sí el levantamiento del velo sino que requieren que se hayan hecho con esa finalidad fraudulenta, de debilitación patrimonial de la sociedad deudora para evitar que cumpla con sus obligaciones; debe concurrir el aspecto subjetivo o de concertación (consilium) para procurar el fraude, fundamentalmente en los casos en que el acreedor conocía la estructura del grupo y su actuación en el tráfico mercantil (pues si es así y, no obstante, negoció y aceptó las garantías ofrecidas por las empresas filiales no procedería el levantamiento según STS 29/9/16).

No puede tampoco olvidarse que se trata de una doctrina de carácter excepcional con aplicación restrictiva y de carácter subsidiario:

- Así STS núm. 101/2015, del 9 de marzo, declara: "En efecto, en estos casos, en donde la doctrina del levantamiento del velo opera con una finalidad concorde a los remedios tendentes a facilitar la efectividad o cobro del derecho de crédito, interesa señalar que las anteriores notas de excepcionalidad y aplicación restrictiva, fuera de un contexto de interpretación estricta o literal de las mismas, refieren, más bien, la necesaria aplicación prudente y moderada que debe acompañar a esta figura"

- Y en cuanto al carácter subsidiario STS de 7 de septiembre de 2012, núm. 510/2012 lo configura como un método tendente a facilitar el cobro del derecho de crédito cuando la parte actora y acreedora no disponga de otra acción o recurso específico al respecto para hacer efectivo el cobro de su derecho de crédito

Como instrumento excepcional que es, y de aplicación restrictiva, únicamente es razonable acudir a ella cuando otros instrumentos más específicos no permitan alcanzar el fin pretendido a través de ella. Por consiguiente, cuando la doctrina sobre el levantamiento del velo concurre con otros mecanismos más específicos de extensión de la responsabilidad a los socios no puede ser más que un instrumento subsidiario, de aplicación excepcional.

Quinto.-Resumiendo lo anterior supondría el levantamiento del velo una teoría excepcional y de aplicación restrictiva que pretende evitar que una persona física o jurídica, amparándose abusivamente en la personalidad jurídica de una sociedad, no haga frente al pago de sus obligaciones; sin que esta figura responda a una misma situación sino que puede actuar ante escenarios muy diferentes siendo necesaria la alegación de cada



supuesto concreto y la prueba del mismo que en gran parte vendrá amparada en indicios. Aplicada la teoría el verdadero deudor ocultado tras la personalidad jurídica de otro vendrá obligado a abonar la deuda.

Y en el supuesto de autos no podemos acudir a esta figura y aceptar la pretensión deducida pues todo se basa en la existencia de un grupo de sociedades pero se obvia el aspecto fundamental del carácter abusivo o fraudulento del uso de este grupo. Para ello estamos a los hechos declarados probados por la sentencia de instancia; pues como hemos señalado en reiteradas ocasiones debe primar la realizada al efecto por el Juzgador de la primera instancia al estar dotada de la suficiente objetividad e imparcialidad de la que carecen las partes al defender particulares intereses, sin que ello signifique que ante el planteamiento de un recurso de apelación interpuesto por una de las partes litigantes el tribunal de la segunda instancia venga obligado a acatar automáticamente los razonamientos valorativos por el juzgado de primera instancia. El recurso de apelación otorga plenas facultades al tribunal "ad quem" para resolver cuántas cuestiones se planteen, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario pero igualmente debe ser respetada la valoración probatoria de los órganos enjuiciadores en tanto no se demuestre que el juzgador incurrió en error de hecho, o que sus valoraciones resultan ilógicas, opuestas a las máximas de la experiencia o de las reglas de la sana crítica - T.S. 1ª SS. de 18 de abril de 1992, 15 de noviembre de 1997 y 9 de febrero de 1998, entre otras-, teniéndose desde luego en cuenta la impugnación cuando se constate que la apreciación es ilógica o disparatada el uso que haga el juzgador de primer grado de su facultad de libre apreciación o apreciación en conciencia de las pruebas practicadas haya de respetarse al menos en principio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia.

Ciertamente la parte en su recurso aporta toda una serie de datos (grupo beneficiario de las ventas, coincidencia del órgano de administración, de domicilios, volumen de negocio de RMF...); pero como indicamos eso no supone el uso fraudulento de la personalidad jurídica de las distintas sociedades que es lo que indica la sentencia de instancia. En tal sentido es revelador que el concurso se ha considerado fortuito no apreciándose la concurrencia de circunstancias que hubieran permitido la calificación de culpable como sería el alzamiento o la salida fraudulenta de bienes. E igualmente debemos destacar que por el mismo juzgado se dictó auto de 29/6/21 en concurso 908/20, de extinción colectiva de relaciones laborales, entonces se planteaba la existencia de un grupo patológico de empresas donde estarían implicadas las hoy demandadas, llegando a la conclusión de la inexistencia de tal grupo, y recogiendo como distintos tribunales de la jurisdicción laboral (varias de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía) han estimado que no existe grupo patológico entre varias de las empresas de la lista enumerada por la representación de los trabajadores y la autoridad laboral.

Sexto.-En cualquier caso, aún cuando pudiera considerarse la existencia de una unidad económica, la responsabilidad de RMF deriva de que se declare la responsabilidad de la concursada (o del grupo en que está integrado) por la nulidad del contrato que es rechazada por la sentencia de instancia en consideración a la Ley aplicable.

Y en relación a la legislación aplicable debemos tener presente la STS 30/10/24 que a continuación extractamos: 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.

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).

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 y para ello se remite a la STJUE de 14 de septiembre de 2023,

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 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.

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.

Séptimo.-Estudia también la mencionada sentencia que, a falta de prueba del derecho extranjero, deba de 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.

Explica esta sentencia que "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 art. 281.2 LEC: «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

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.

La parte demandante, 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".

Octavo.-Pero aun cuando ello bastaría para rechazar la apelación interpuesta, tal y como ha recogido la sentencia de instancia, y entrando en la impugnación, la prueba del derecho inglés aparece acreditada en este supuesto. No obstante, debemos referir que la estimación de esta impugnación no cambia el sentido de la sentencia y que en principio no sería necesario entrar en ella pues los demandados no se han visto perjudicados por la resolución (art. 448 LECi) pero dado que es objeto del procedimiento la prueba o no del derecho inglés se entra a conocer sobre ello.

Y reiteramos la doctrina que tiene establecida esta Audiencia en tal sentido y así la SAP Málaga 24/7/24. Podemos concluir que dicha prueba se encuentra aportada, por cuanto el contenido y vigencia del derecho extranjero se acompañó un informe del Sr. Candido (cuyo conocimiento en esta materia aparece acreditado con el currículum que se recoge en la página segunda de dicho informe) y del certificado de la norma inglesa; concluyendo el primero de ellos como:

.- En virtud de la interpretación dada por el Gobierno del Reino Unido del artículo 7 del Reglamento 2010, en Inglaterra no se considera que constituya falta de objeto la explotación de sistemas de puntos, sistemas flotantes o demás sistemas flexibles de aprovechamiento por turno. Además, los tribunales ingleses tienden a reconocer la validez del contrato a pesar de la indeterminación del objeto cuando la conducta de las partes haya indicado la validez del contrato, y especialmente cuando se haya iniciado el proceso de ejecución del contrato.

.- El Reglamento 2010 en su artículo 7 solo crea limitaciones mínimas de tiempo para los productos vacacionales de larga duración, los cuales deben ser superior al año, pero no establece limitaciones máximas de tiempo sobre la duración del producto, a diferencia de la legislación española.

.- Los tribunales pueden aplicar los Reglamentos 1999 y 2008 para anular cláusulas que se consideren abusivas, especialmente si dichas cláusulas establecen restricciones injustificadas al consumidor sobre la venta de sus productos fraccionales. Con respecto a los efectos de una cláusula abusiva el Reglamento 1999 determina que cuando una cláusula se considera abusiva, dicha cláusula no será vinculante para el consumidor, pero sí lo serán el resto de las cláusulas del contrato.

El contrato de autos es de 10/10/12, por tanto le sería de aplicación esta normativa, no siendo considerado como falta de objeto por la jurisprudencia inglesa la explotación por sistema de puntos, sistemas flotantes o demás sistemas flexibles de tiempo compartido. Tampoco contempla la ley inglesa limitaciones de tiempo



sobre la duración del producto. Con la consecuencia que en aplicación de dicha legislación no podría prosperar la demanda presentada.

Por tanto, hemos de concluir que con esta prueba la parte apelante ha acreditado la vigencia y contenido del derecho extranjero debiendo estimarse la impugnación.

Noveno.-Dado el sentir de esta sentencia, por imperativo del artículo 398 de la L. E. Civil, habrán de imponerse al apelante las costas del presente recurso y no hacer expresa declaración sobre las costas derivadas de la impugnación.

Por aplicación de la Disposición Adicional Decimoquinta, apartado 9 de la L. O. P. J., añadida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de Noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, ante la confirmación de la resolución recurrida, se declara la **pérdida** del depósito constituido por la parte apelante para recurrir, al que se dará el destino previsto en dicha Disposición.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto y estimando la impugnación deducida contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Málaga, seguidos en dicho Juzgado con el nº 346/22, debemos confirmar el fallo de la resolución recurrida conforme a la fundamentación de la presente sentencia, con imposición al apelante de las costas ocasionadas en esta alzada, sin hacer expresa condena en relación a la impugnación y declarándose la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe Recurso de Casación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El plazo para la interposición del recurso, que deberá hacerse mediante escrito presentado ante este Tribunal, es el de 20 días contados a partir del siguiente a su notificación.

Deberá acompañarse justificante de haber constituido el depósito para recurrir salvo los supuestos de exclusión previstos en la misma y que deberá ingresarse en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección.

Comuníquese esta sentencia por medio de certificación al Juzgado del que dimana para que lleve a cabo lo resuelto.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la dictó, estándose celebrando audiencia pública ordinaria en el día de su fecha, doy fe.