

LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO Y EL ARTÍCULO 33.3 DE LA LEY 29/2015, DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL

THE PROOF OF FOREIGN LAW AND THE ARTICLE 33.3 OF THE ACT 29/2015 ON INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION IN CIVIL MATTERS

ALFONSO YBARRA BORES

*Profesor Titular de Universidad de Derecho internacional privado
Universidad Pablo de Olavide*

ORCID ID: 0000-0001-6129-1161

Recibido:03.12.2021 / Aceptado:28.12.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6697>

Resumen: La Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil despertó gran expectación entre los operadores jurídicos internacionales. Entre otras materias, esta Ley venía teóricamente a resolver diversas cuestiones relacionadas con la prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles, sobre las cuales la doctrina venía años reclamando una adecuada regulación. Uno de los principales problemas del sistema español de Derecho internacional privado en este ámbito ha sido la ausencia de regulación para los casos de falta de prueba del Derecho extranjero. El presente trabajo versa sobre la prueba del Derecho extranjero, los principales problemas que ello plantea, y, en particular, sobre el estado actual en nuestra jurisprudencia en torno a la cuestión de lo procedente ante la falta de prueba del Derecho extranjero.

Palabras clave: Derecho extranjero, prueba del Derecho extranjero, Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, ausencia de prueba.

Abstract: Act 29/2015, dated 30th July, on international legal cooperation in civil matters, aroused great expectations among international legal practitioners. Among other matters, this Act theoretically came to solve various issues related to the proof of foreign Law before the Spanish courts, on which the doctrine had been demanding an adequate regulation for years. One of the main problems of the Spanish system of Private International Law in this area has been the absence of regulation for cases of lack of proof of foreign Law. This work deals with the proof of foreign Law, the main problems that this raises and, specifically, with the current state of our jurisprudence regarding the issue of what is appropriate in the case of lack of proof of foreign law.

Keywords: Foreign Law, proof of foreign Law, International legal cooperation in civil matters Act, lack of proof.

* El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de I+D+i PID2019-106496RB-I00 “Retos de la regulación jurídico-patrimonial del matrimonio y de otras realidades (uniones de hecho) en los planos supraestatal y estatal” (REJURPAT), Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i y de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020.

I. Introducción: la prueba el Derecho extranjero

1. En el ordenamiento español los tribunales vienen obligados a aplicar de oficio sus normas de conflicto para determinar en su virtud la Ley aplicable a un supuesto objeto del Derecho internacional privado. Es lo que se denomina la imperatividad del sistema, establecida en el artículo 12.6 CC¹. Si la aplicación de las normas de conflicto se produce de oficio, parece que, en principio, pudiera pensarse que lo lógico sería que, si ello diera lugar a la aplicación de un Derecho extranjero, éste también debería ser aplicado de oficio por las autoridades que conocieran. En nuestro trabajo vamos a centrar el análisis del tema desde la perspectiva de los tribunales como autoridades, dejando al margen la posible aplicación del Derecho extranjero por otras autoridades, como pudieran ser los notarios o los registradores².

2. Sin embargo, el principio *iura novit curia* no opera en nuestro ordenamiento respecto a la prueba del Derecho extranjero; el juez no tiene obligación de aplicar de oficio un Derecho extranjero. Siendo ello así, se plantean en torno a la prueba del Derecho extranjero una serie de interesantes interrogantes: ¿debe ser alegado el Derecho extranjero por las partes para su aplicación?, ¿sobre quién recae la carga de su prueba?, ¿en qué momento se debe probar?, ¿qué papel desempeña el juez en todo este proceso?, ¿qué medios de prueba se pueden utilizar a tal efecto?

3. A todas estas interesantes cuestiones, habría que añadir otra que tradicionalmente ha sido objeto de amplia discusión en la doctrina y jurisprudencia española, y que centrará el objeto de nuestro estudio: ¿qué sucede si, por quien corresponde, no se consigue probar ante el tribunal el contenido y vigencia del Derecho extranjero aplicable? Pues bien, en teoría, para tratar de dar una adecuada respuesta a este clásico interrogante se incluyó el artículo 33.3 en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil (en adelante, LCJIMC)³. En el presente trabajo, abordaremos algunas de las cuestiones apuntadas para centrarnos específicamente en el estado actual de la situación sobre la consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero declarado aplicable por nuestra norma de conflicto. Sobre este asunto vamos a analizar cómo nuestra más reciente jurisprudencia, en particular la emanada de las audiencias provinciales -que es donde normalmente suelen terminar estos asuntos-, pero también del Tribunal Supremo, ha abordado hasta la fecha la solución teórica contenida en el citado artículo 33.3 LCJIMC. Sin embargo, para tener una visión global de materia, debemos analizar, al menos a modo de introducción, cómo aborda en general la LCJIMC la cuestión relativa a la prueba del Derecho extranjero.

II. La LCJIMC y la prueba del Derecho extranjero

4. En el artículo 33 LCJIMC, que es el que con carácter general regula la prueba del Derecho extranjero en nuestro sistema⁴, se realiza de entrada una remisión de la prueba del contenido y vigencia

¹ A tenor de dicho precepto, cuya literalidad no admite lugar a las dudas: “Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español”. El artículo 12.6 CC es calificado muy gráficamente por P. DIAGO DIAGO como la “estrella polar” de nuestro régimen procesal en relación a la prueba del Derecho extranjero, debiendo ser la guía que sirva de interpretación para la solución de los problemas que a menudo se presentan en este ámbito (“La prueba del Derecho extranjero tras la Ley de Cooperación Jurídica internacional en materia civil”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 535-536). Sobre el carácter imperativo del artículo 12.6 CC, *vid.* A. BARBEITO y J.J. MARTÍNEZ NAVARRO, “La imperatividad de la norma de conflicto. Razonamientos del Tribunal Supremo”, en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, Rapid Centro Color, Murcia, 2019, pp. 781-796.

² Sobre el particular, *vid.* A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, “Aspectos extrajudiciales de la Ley 29/2015, de 30 de junio, de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 56, 2016, pp.665-745. En el caso de la prueba del Derecho extranjero por registradores, la RDGRN de 7 de noviembre de 2019 (*B.O.E.* núm. 286, de 28 de noviembre de 2019) señala que “el registrador, pese a que quien insta la inscripción no acredite el contenido del ordenamiento extranjero (...), podrá aplicar un Derecho extranjero si tiene conocimiento de él o indaga su contenido y vigencia. En caso contrario, deberá suspender la inscripción”. Observamos que la solución en ningún caso es la de la aplicación sustitutoria del Derecho español, que, como veremos, es la regla general imperante en el ámbito judicial.

³ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (*BOE* núm. 183, de 31 de julio de 2015).

⁴ Dice J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, citando a J. VERHELLEN, que “la prueba del Derecho extranjero aplicable al fondo del

del Derecho extranjero a lo dispuesto al respecto en la Ley de enjuiciamiento civil (en adelante, LEC), en concreto, artículo 281.2⁵, y en las demás disposiciones aplicables en la materia (entre las que se hallaría el art. 36 del Reglamento Hipotecario, el art. 91 del Reglamento del Registro Civil o el art. 168.I.4º del Reglamento Notarial -que, como ya hemos indicado, quedan al margen de nuestro estudio-). En realidad, el artículo 33.1 LCJIMC remite la regulación de la prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero a la LEC y demás disposiciones aplicables a la materia, pero lo cierto es que, al margen de la citada Ley (y las citadas normas referidas al ejercicio de la actividad notarial y registral), no existen en la actualidad normas de Derecho internacional público, de Derecho de la Unión Europea, o contenidas en convenios o instrumentos internacionales, donde se regulen aspectos relativos a la prueba del Derecho extranjero⁶. Dicho esto, y centrados en la aplicación judicial del Derecho extranjero, podría considerarse a primera vista que poco aportó el artículo 33 LCJIMC al panorama que ya existía en torno a la aplicación y prueba del Derecho extranjero⁷.

5. Sin embargo, lo cierto es que ello no se ajusta a la realidad, pues algunas cuestiones de indudable interés práctico sí fueron introducidas en la regulación contenida en el artículo 33 LCJIMC. Así, de entrada, podríamos destacar estas tres.

6. En primer lugar, la inclusión de una referencia expresa en el artículo 33.2 LCJIMC al uso, por parte de los órganos judiciales, del criterio de valoración de las “reglas de la sana crítica” de la prueba practicada para determinar su valor a los fines de acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero⁸. Con el establecimiento expreso de este criterio se persigue destacar la relevancia del papel del juez en este ámbito y el necesario equilibrio en la toma en consideración de los múltiples factores que inciden en la prueba de un Derecho foráneo. Es indudable que nos hallamos aquí ante una norma abierta, de gran flexibilidad, que sin duda precisará de concreción por parte de la jurisprudencia para su adecuado desarrollo.

7. En segundo término, se alude expresamente en el artículo 33.4 LCJIMC al medio de prueba que representan los “informes” o “dictámenes” emitidos sobre Derecho extranjero, aunque, naturalmente, carecerán de alcance vinculante para el órgano jurisdiccional. Con esta nueva norma se abría la puerta a posibles concreciones de este medio de prueba siempre que, conforme a las reglas de la sana crítica, el juzgador considere debidamente acreditado el contenido y vigencia del Derecho extranjero, hallándose entre tales concreciones los informes o dictámenes elaborados por juristas⁹. Así se había venido admi-

asunto ha sido, es, y será el auténtico talón de Aquiles de todo sistema de Derecho internacional privado” (“Falta de prueba del Derecho extranjero”, *La Ley Digital*, 15139/2018, de 23 de enero de 2019, p. 2).

⁵ Respecto de la referencia en dicho precepto de la LEC a que la autoridad judicial española puede valerse de “cuantos medios de averiguación estime necesarios” para la aplicación del Derecho foráneo, hemos de entender que, con las salvaguardas que ello requiere, uno de dichos medios pueden ser considerados las Webs oficiales en que se contiene información oficial sobre ordenamientos nacionales, cual es el caso de las auspiciadas por la Unión Europea, que facilitarían enormemente esta tarea a los jueces; quizás se haya perdido la oportunidad de indicarlo así en el preámbulo de la LCJIMC para un uso más generalizado y práctico de estos medios en sede jurisdiccional.

⁶ De ahí que A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ hayan puesto de manifiesto que realmente el artículo 281.2 LEC constituye “la bóveda de todo el régimen jurídico de la prueba del Derecho extranjero en el sistema español” (*Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª ed., Granada, Comares, 2016., pp. 536-537).

⁷ Por ejemplo, podía haberse aprovechado la oportunidad para haberse añadido al contenido y a la vigencia el requisito de la prueba, la necesidad de acreditar la interpretación del Derecho foráneo, requisito creación de nuestra jurisprudencia (*infra*). Ello podría considerarse como una desautorización por el legislador hacia tal doctrina; en sentido contrario, M.C. VAQUERO LÓPEZ critica a éste por no haber incluido en el artículo 33 LCJIMC la exigencia de la interpretación y aplicabilidad al caso del Derecho extranjero (“Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal: una primera aproximación a las reformas legislativas de julio de 2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2015, p. 217).

⁸ No obstante, una objeción al criterio de la sana crítica en esta sede se contenía en la p. 13 del Informe del Consejo Fiscal de 20 de septiembre de 2014 sobre el anteproyecto de Ley elaborado por el Gobierno (https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/25_09_2014_Informe_CF_Cooperacion_jur%C3%ADdica_Internacional_materia_civil?idFile=ce5bb0d3-8f5c-4a1c-8cda-28d6cea4ccde).

⁹ Los artículos 35.2 y 36.2 LCJIMC, en sede de información sobre el Derecho extranjero y español, aluden de manera expresa a dictámenes periciales de “juristas expertos”.

tiendo *de facto* en nuestros tribunales, por ejemplo, al considerarse acreditado el contenido y vigencia de un ordenamiento foráneo mediante dictámenes emitidos por profesores universitarios¹⁰.

8. Finalmente, y sobre este aspecto versará el núcleo del presente trabajo, de no menor trascendencia resulta la solución consagrada en la LCJIMC ante la falta de acreditación por las partes -o, en su caso, el juez- del contenido y vigencia del Derecho extranjero en el marco de un *corpus* normativo heterogéneo, si no contradictorio¹¹. Así, establece el artículo 33.3 LCJIMC como regla general la “facultad” de la autoridad española de aplicar el Derecho español en los casos en que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, lo que, en teoría, debería requerir de aquélla la ponderación de las circunstancias objetivas y subjetivas -en particular la actitud de las partes- en el caso concreto para ejercer o no tal facultad¹². Se persigue así tanto la evitación de una denegación de justicia, que podría ser injustificada si se desestimara la demanda, como la búsqueda de la efectiva tutela judicial¹³. Esta solución, no carente de importantes críticas *infra*-, se entiende que ha de ser utilizada “con carácter excepcional”¹⁴, si bien la frecuencia con que en la práctica no se prueba el contenido y vigencia del Derecho extranjero -bien por razones objetivas, bien por motivos intencionados- nos hacía pensar que, en principio, su utilización por los tribunales podría resultar algo más que excepcional¹⁵. En cualquier caso, ha de estarse a la interpretación que realicen los tribunales de ese carácter “excepcional”, esto es, de cuándo se entenderá que realmente no ha podido acreditarse el Derecho extranjero para que entre en juego la solución prevista, algo que, como veremos, podemos considerar que está resultando algo más que decepcionante a tenor de nuestra jurisprudencia más reciente.

9. Una vez señaladas las principales novedades que se introdujeron por el artículo 33 LCJIMC, ha de indicarse sin embargo que la nueva regulación dada por el legislador, en particular en lo que hace

¹⁰ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ se refieren como ejemplos de acreditación del Derecho aplicable al régimen económico de sendos matrimonios a la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 14 de diciembre de 2005, que admitió un dictamen sobre el ordenamiento marroquí de la profesora P. DIAGO DIAGO, de la Universidad de Zaragoza, y a la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 10 de julio de 2009, que hizo lo propio con un dictamen del profesor J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, sobre el ordenamiento del Estado de Ohio (*Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª ed., Granada, Comares, 2014, p. 481).

¹¹ En efecto, así, en tanto que el artículo 100.2 de la Ley del Registro Civil de 2011 señala que la falta de acreditación del contenido y vigencia del ordenamiento extranjero aplicable a los hechos y actos relativos al estado civil supondrá la *denegación de la inscripción* de éstos, por su parte, el artículo 67.1 del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (en la redacción aportada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo) indica que “(c)uando no se haya podido determinar el contenido de la Ley extranjera, se aplicará subsidiariamente la Ley material española”. Quizás la explicación a esta disparidad de criterio podría encontrarse en el hecho de que mientras en el primer supuesto el rigor que exige la estabilidad y seguridad del estado de la persona desaconseja no modificar su situación registral si no se prueba el Derecho extranjero, en el segundo el *animus protectionis* de la parte débil aconseja no privar a ésta de un derecho por la ausencia de prueba del ordenamiento extranjero, procurándole en todo caso la aplicación del Derecho español a fin de garantizarle el disfrute de tal derecho. En relación a esta última disposición véase un análisis crítico en P. DE MIGUEL ASENSIO, “Coordinación de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil con la legislación especial”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68 (2016) nº 1, pp. 100-101.

¹² Extiende P. DE MIGUEL ASENSIO esta solución también a los supuestos de imposibilidad jurídica de aplicación del Derecho extranjero, típicamente como consecuencia de la reserva de orden público (“Comentario a la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil”, disponible en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/08/comentario-la-ley-292015-de-cooperacion.html>).

¹³ Señala el Preámbulo LCJIMC que, de entre las dos soluciones que en esencia se dan a este controvertido aspecto en la práctica forense -la desestimación de la demanda y la aplicación de la *lex fori*-, la nueva Ley “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”.

¹⁴ Por ello entiende el Consejo de Estado en su referido Dictamen que la decisión del órgano judicial de aplicar subsidiariamente el Derecho material español en tanto que *lex fori* debería estar en todo caso “suficientemente motivada” (p. 11).

¹⁵ En el mismo sentido se pronuncia M.C. VAQUERO LÓPEZ, (“Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal: una primera aproximación a las reformas legislativas de julio de 2015”, *cit.*, p. 217). Sin embargo, de contrario parecer es el Preámbulo de la Ley, que señala que “(d)ebe 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”. En el mismo sentido de “excepcionalidad” en la aplicación se pronuncian A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (*Derecho internacional privado*, 16ª ed., *cit.*, pp. 579-580).

a la solución en caso de no acreditación del Derecho extranjero, dará lugar a que en la práctica sigan surgiendo grandes incertidumbres. Y ello en tanto que, como veremos, las tradicionales cuestiones que se venían históricamente planteando en este ámbito no han sido objeto de un tratamiento claro y, por lo tanto, de una solución diáfana, en la LCJIMC. Tendremos ocasión de ver cómo la solución no está ni mucho menos cerrada en nuestro sistema y podremos constatar cómo, desafortunadamente, y al menos hasta la fecha, la teórica nueva solución que venía a traer el artículo 33.3 LCJIMC, ha quedado casi en papel mojado dada la actitud mostrada con carácter mayoritario por nuestra jurisprudencia menor.

III. La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles

10. En este punto, y dada la conexión con la materia que tratamos, resulta conveniente destacar, por un lado, cuáles son los medios que en nuestro sistema procesal disponen las partes para la acreditación de un Derecho extranjero¹⁶, por otro, cuál debe ser el papel del juez en todo ese proceso y, finalmente, cómo debe éste valorar la prueba que se haya practicado en aras a la acreditación del contenido y vigencia del Derecho extranjero.

1. Los medios de prueba del Derecho extranjero

11. Si nos atenemos a la literalidad del artículo 281.2 LEC y de los apartados 1º, 2º y 3º del artículo 33 LCJIMC parece claro que la prueba del Derecho extranjero se refiere a la acreditación de su “contenido” y “vigencia”. Sin embargo, tradicionalmente la práctica jurisprudencial española ha considerado que también ha de probarse la manera en que el Derecho extranjero es interpretado y aplicado por los jueces y demás operadores jurídicos del país de tal ordenamiento¹⁷. Es decir, como resalta C. ESPLUGUES MOTA recogiendo una reiterada jurisprudencia, se trata con ello de que a los tribunales españoles no les suscite “la menor duda razonable” la aplicación al caso de un Derecho extranjero¹⁸.

12. Así las cosas, tanto el artículo 281.2 LEC como el artículo 33 LCJIMC guardan un absoluto silencio sobre los concretos medios que pueden ser utilizados por las partes para la prueba del contenido, vigencia e interpretación del Derecho extranjero¹⁹. Ante la falta de previsión específica podrán ser utilizados los medios contemplados con carácter general en el artículo 299.1 LEC, no existiendo una lista cerrada de medios apropiados para acreditar el Derecho extranjero. No obstante, entendemos que los mecanismos de prueba más apropiados de los recogidos en el Ley de Enjuiciamiento Civil serían los documentos públicos (art. 317); los documentos privados (art. 324); en especial, el dictamen pericial (art. 335) y, en su caso, la declaración de un testigo-perito (art. 370.4)²⁰.

¹⁶ La doctrina, tras la entrada en vigor de la LCJIMC se refiere a la existencia de un doble sistema de regulación de la prueba del Derecho extranjero en España: por un lado, el “sistema de textura abierta” (contenido en el art. 281.2 LEC, también denominado regulación “de líneas generales”) y, por otro, el sistema reglamentista (el del art. 33 LCJIMC). Sin embargo, éste último, ni ha colmado todas las lagunas del artículo 281.2 LEC, ni las que ha colmado lo ha hecho de un modo acertado (A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley española de Enjuiciamiento Civil 1/2000, *Diario La Ley*, núm. 6178, 28 de enero de 2005 p. 2 y A.L. CALVO CARAVACA, “La aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2016, núm. 2, p. 138). En parecido sentido, E. CERRATO GURI, “La prueba del derecho extranjero: un problema que sigue sin resolverse”, *Justicia*, 2016, núm. 1, pp. 303-334

¹⁷ Por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2006 (Id vLex: VLEX-26673136).

¹⁸ Lo cual pudiera acontecer en el caso de que se admitiera que fuese suficiente la mera prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero sin tener en cuenta la realidad seguida en su aplicación práctica en el Estado de origen de tal Derecho (C. ESPLUGUES MOTA, J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO, *Derecho internacional privado*, 10ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 358).

¹⁹ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ se refieren, más que a la prueba, a la acreditación del Derecho extranjero, pues la prueba es una actividad diseñada exclusivamente para los hechos procesales, no siendo el Derecho extranjero para ellos un mero hecho procesal (*infra*), por lo que su acreditación no debe seguir de manera estricta las reglas sobre prueba de los hechos procesales (*Derecho internacional privado*, 16ª ed., *cit.*, pp. 546-547).

²⁰ En relación al desconocimiento del Derecho extranjero por parte del tribunal, y por lo tanto, a la imposibilidad de su aplicación, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ plantea tres posibles supuestos: a) en primer término la “indeterminación en sentido

13. Y dejamos al margen los medios de prueba de los que puede valerse el propio tribunal para la acreditación del Derecho extranjero²¹, por lo que nos referimos ahora exclusivamente a los medios que las partes pueden utilizar con más éxito para su acreditación. Y hemos de reiterar que actualmente cualquier medio de prueba es válido, en principio, para probar el Derecho extranjero, siempre que éste sea acreditado con certeza, esto es, que al tribunal no le quede duda razonable alguna sobre la procedencia de su aplicación al caso²². Veamos la operatividad de los mencionados medios de prueba en este ámbito.

A) Documentos públicos

14. Los documentos públicos que se suelen utilizar son, bien certificaciones expedidas por la Subdirección General de Cooperación Jurídica internacional del Ministerio de Justicia español sobre el contenido del Derecho extranjero (aunque éstas sólo pueden ser solicitadas por el tribunal); bien certificaciones expedidas por funcionarios diplomáticos extranjeros acreditados en España, las cuales deben ser presentadas legalizadas y traducidas al español (arts. 323.3 y 144, respectivamente, LEC); o bien certificaciones expedidas por funcionarios diplomáticos o consulares españoles acreditados en el Estado cuyo Derecho se pretende probar.

15. Normalmente a través de la prueba documental pública lo que se trata de probar es el contenido del Derecho extranjero mediante la transcripción literal de los preceptos alegados -lo cual también se puede hacer mediante la documental privada-, así como su vigencia mediante diligencia de la autoridad emisora sobre tal aspecto recogida en el propio documento²³. Más dificultad entraña acreditar mediante este medio de prueba la interpretación dada en el país de origen al Derecho extranjero, pero, como indica P. DIAGO DIAGO, es evidente que la acreditación debe ajustarse al caso concreto y que, en ocasiones, el contenido de la norma extranjera no exigirá una interpretación especial que conlleve la necesidad de aportar muchos más elementos que la propia normativa extranjera vigente. En estos supuestos puede ser suficiente acreditar el Derecho extranjero a título documental²⁴.

débil”, donde el juez conoce el enunciado normativo pero, no obstante, tiene dudas sobre su validez o interpretación; b) en segundo lugar sitúa al “conocimiento incompleto”, que se produce cuando el juez ignora algún aspecto esencial para la aplicación del Derecho extranjero: el enunciado normativo, la interpretación o las obras doctrinales; c) finalmente, la “indeterminación en sentido fuerte”, la cual tiene lugar cuando una vez agotados los medios de investigación judicial del Derecho extranjero, su contenido resulta imposible de determinar (*Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 60-66)

²¹ El juez de oficio también puede “colaborar” en el proceso de prueba del Derecho extranjero de varias maneras: a) solicitando una certificación sobre el contenido del Derecho extranjero a la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia; b) haciendo uso de los instrumentos internacionales existentes al efecto (en particular, el Convenio de Londres, de 7 de junio de 1968, sobre información del Derecho extranjero y la Convención Interamericana sobre prueba e información del Derecho extranjero hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979), c) acudiendo a los puntos de contacto previstos en la Red Judicial Europea, creada por Decisión del Consejo 2001/470/CE, de 28 de mayo. En defecto de instrumento supraestatal, la LCJIMC contiene un Título III destinado a regular el procedimiento al través del cual nuestros órganos judiciales pueden cursar solicitudes de información sobre vigencia y contenido del Derecho extranjero vía autoridad central española (art 35), así como el procedimiento para facilitar información del Derecho español a autoridades extranjeras (art 36), o d) accediendo al Derecho extranjero a través de la propia información contenida en la Web del Consejo General del Poder Judicial (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de diciembre de 2019; ECLI: ES:APB:2019:11724A).

²² Un estudio más detallado sobre los distintos medios de pruebas utilizables por las partes para la acreditación del contenido, vigencia e interpretación del Derecho extranjero, así como sobre el momento procesal oportuno a tal efecto, puede verse en F. GARAU SOBRINO, “La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley de enjuiciamiento civil”, *Revista General del Derecho*, núm. 678-679 (marzo-abril 2001), pp. 2352-2356.

²³ Para un análisis más extenso sobre los documentos públicos extranjeros y los problemas que plantean como medio de prueba del Derecho extranjero *vid.* F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 234-236.

²⁴ “La prueba del Derecho extranjero tras la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *cit.*, p. 541.

B) Documentos privados

16. La acreditación del Derecho extranjero puede llevarse a cabo también mediante documentos privados (por ejemplo, una obra doctrinal, una colección de leyes, etc.) y su valoración será apreciada en cada caso libremente por el juez atendiendo a las circunstancias particulares que concurran y, como siempre, a las reglas de la sana crítica. Ha de significarse que, a estos efectos carecen de valor las fotocopias de normas aisladas extranjeras y las traducciones privadas de textos legales extranjeros, por lo cual, en principio no permiten de por sí acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero.

17. En cualquier caso, entendemos que no es este el medio más adecuado y fiable para la acreditación del Derecho extranjero, aunque sí pueda resultar de utilidad en determinados casos que no presenten excesiva complejidad en cuanto a la prueba, si bien lo aconsejable sería que el documento privado se aportase junto a algún documento público o dictamen pericial, esto es, como complemento de éstos. En este marco ha de destacarse también el entorno digital creado por el portal europeo de E-justice, pensado para ser una auténtica ventanilla en el ámbito de la justicia ofreciendo información al ciudadano sobre los sistemas jurídicos, y mejorando el acceso a la justicia en la Unión Europea²⁵.

C) Prueba pericial

18. La prueba pericial constituye sin duda uno de los medios tradicionalmente más utilizados a la hora de acometer la prueba del Derecho extranjero²⁶. Normalmente son informes o dictámenes redactados por expertos jurídicos del país cuyo Derecho se pretende acreditar, pero ello no es requisito para admitir su validez. Los dictámenes suelen ser realizados por abogados en ejercicio, por académicos o por cualquier otro experto en el sector del Derecho extranjero que se pretende probar ante el tribunal español²⁷. El dictamen pericial quizás sea el medio de prueba más adecuado en cuanto que a través del mismo se puede acreditar tanto el contenido como la vigencia del Derecho extranjero, pero también, sobre todo, su interpretación y adecuación al caso concreto, aspecto éste que difícilmente se puede probar solo mediante prueba documental.

19. Ha de indicarse que actualmente se ha superado la clásica jurisprudencia que requería para probar el Derecho extranjero una prueba cumulativa pericial y documental. Desde que entró en vigor la actual Ley de Enjuiciamiento Civil es frecuente encontrarnos con supuestos donde la acreditación del Derecho extranjero tiene lugar mediante la práctica de una sola prueba, normalmente documental o, preferentemente, pericial.

2. La actitud del juez ante la prueba del Derecho extranjero

20. Como punto de partida, la función que debe desempeñar el juez en el proceso de prueba del Derecho extranjero se ha visto tradicionalmente condicionada por la consideración que se tenga del

²⁵ Como indica P. DIAGO DIAGO, el portal debe constituir una herramienta muy útil para la acreditación de ordenamientos de nuestro entorno, “cuya aplicación reclamará en muchas ocasiones la norma de conflicto, y cuyo conocimiento es, y debe ser accesible” (“La prueba del Derecho extranjero tras la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *cit.*, p. 543).

²⁶ De dicha trascendencia da fe la sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 16 de julio de 2020, en la que, en relación a la prueba del Derecho inglés, se indicó: “la parte demandada no ha probado ni la vigencia, aplicación e interpretación siquiera sistemática de la aplicación de la Ley inglesa a través de peritos-jurisconsultos que puede hacerse en el Reino Unido” (ECLI: ES:APTF:2020:1229; F.D. 3, pfo. 1).

²⁷ En la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de abril de 2021 se acreditó la vigencia, validez e interpretación del Derecho extranjero mediante un dictamen jurídico aportado por el demandante sobre la aplicación de las normas de la legislación vigente de la Federación Rusa en relación con un convenio regulador de una deuda (*payments Agreement*). El dictamen, que fue acompañado de una traducción jurada, fue emitido en Moscú por expertos en Derecho de la Federación Rusa, abogados en ejercicio del despacho colectivo de abogados de la provincia de Rostov “Sovetnik” (ECLI:ES:APM:2021:5466; F.D. 2, punto 3, pfo. 10).

Derecho extranjero: si éste es tratado como un mero “hecho” la carga de la prueba debe recaer sobre las partes y el juez jugará un papel pasivo; por el contrario, si se estima que estamos ante un auténtico “derecho”, la intervención más activa del juez se podría entender justificada por encontrarnos ante una obligación derivada de la regla *iura novit curia*²⁸.

21. El artículo 281 LEC diferencia claramente entre la prueba de los “hechos”, por una parte, y la prueba de la costumbre y del “Derecho extranjero”, por otra. Sin embargo, el referido precepto no deja lugar a la duda de que tal Derecho “deberá ser probado en cuanto a su contenido y vigencia”; y, en relación a esa prueba, del artículo 33.3 LCJIMC se deduce claramente que, en principio, la carga de la prueba corresponde, con carácter general, a las partes. Y ello frente a lo dispuesto en el artículo 281.2 LEC, donde únicamente se establece que el Derecho extranjero debe ser probado en cuanto a su contenido y vigencia, pero sin hacerse referencia expresa alguna a “las partes” como los obligados a realizar dicha prueba, aunque después, tanto la doctrina como la jurisprudencia, hayan sido unánimes en considerar que dicha obligación recae sobre aquéllas²⁹.

22. En este escenario entre “hecho” o “derecho” en torno a la naturaleza del Derecho extranjero, parece que éste recibe un tratamiento “híbrido” en nuestro sistema procesal³⁰, y ello en cuanto que, aunque parece que el legislador le otorgue en principio la misma consideración por lo que respecta a su prueba que el establecido para los hechos, lo cierto es que nos encontramos ante un derecho, si bien extranjero³¹. Parece evidente que, aunque a priori pudiera parecer que el régimen de prueba del Derecho extranjero en nuestro sistema es el previsto para los hechos procesales, es claro que el Derecho extranjero no es un simple hecho procesal, no desarrollando en el proceso la función típica de los hechos procesales, sino una función claramente jurídica, de decisión sobre el fondo del asunto³². El Derecho extranjero es derecho, y no puede perder su naturaleza en virtud de su alegación y aplicación en un proceso para la solución de un conflicto jurisdiccional³³. De ahí que no pueda equipararse el tratamiento jurídico de los hechos procesales con el de la prueba del Derecho extranjero³⁴.

²⁸ Sin embargo, dudamos que este principio alcance al Derecho extranjero, pues no se puede exigir a los jueces de un país que conozcan el Derecho de otro país, ello es algo impensable. En contra P.-P. MIRALLES SANGRO, para quien a la norma extranjera -y teniendo en cuenta el tratamiento procesal *sui generis* que ha de darse al Derecho extranjero como “hecho”- le debería ser aplicable el referido principio, convirtiéndose precisamente ello en el eje central de la tutela judicial efectiva en relación a la aplicación del Derecho extranjero en el proceso (*Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 205-209). Pero, en cualquier caso, lo que no parece discutible es que el Derecho extranjero es derecho, y es el que en su caso debería aplicarse para la resolución del fondo del asunto sometido a litigio, por lo que ha de acreditarse su contenido y vigencia (A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, 16ª ed., cit., pp. 532-533).

²⁹ En particular, sobre la carga de la prueba del Derecho extranjero, *vid.*, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La carga de la prueba del Derecho extranjero. Criterios del Tribunal Supremo”, en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, Rapid Centro Color, Murcia, 2019, pp. 713-743.

³⁰ J.C. FERNÁNDEZ ZOSAS y S. SÁNCHEZ LORENZO mantienen que el Derecho extranjero tiene una consideración procesal “peculiar”, viniendo a ser un *tertium genus* entre el derecho y los hechos (*Derecho internacional privado*, 9ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 173).

³¹ Posición en torno al carácter de “derecho” del Derecho extranjero ya mantenida en su momento por el maestro J.A. CARRILLO SALCEDO (*Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1983, p. 257).

³² Al respecto *vid.* P. GONZÁLEZ GRANDA, “Algunas divergencias recientes frente a la doctrina jurisprudencial dominante en materia de aplicación del derecho extranjero (en particular en materia de familia)”, *Diario La Ley*, 11 de diciembre de 2020, Especial La Ley Probática, núm. 2 (octubre-diciembre 2020), pp. 15-19.

³³ *Vid.* P.P. MIRALLES SANGRO, *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, cit., pp. 182-183. Como se indica en la sentencia del TSJ de Navarra de 19 de mayo de 2021, “(...) la aplicación del derecho -actual o histórico, nacional o extranjero- aplicable al caso no depende de su alegación por las partes, sino de la exigencia legal derivada de la regla *tempus regit actum* y de las normas de conflicto aplicables a las relaciones con conexión internacional. La falta de alegación y prueba de normas jurídicas extranjeras o nacionales, aun sin vigencia actual, no impide su aplicación al tribunal que las conozca, por su propia formación, por el estudio que lleve a cabo o por la información o ilustración que las partes puedan ofrecerle en el proceso” (ECLI: ES:TSJNA:2021:216; F.D. 4, 1, *in fine*).

³⁴ Como nos ilustra F. GARAU SOBRINO, el Derecho extranjero es derecho, pero no le es aplicable su mismo tratamiento procesal ni tampoco el de los hechos. A pesar de ser derecho, el Derecho extranjero debe ser alegado y probado; la cuestión radica en determinar sobre quién recae la carga de la prueba y los distintos aspectos procesales relacionados con ello. Para el referido autor, partidario del sistema de colaboración partes-tribunal, “recaería sobre las partes el *onus probandi* de su contenido y vi-

23. En tal sentido se habla de la existencia en nuestro sistema de un “modelo mixto” de colaboración entre el tribunal y las partes para la acreditación del Derecho extranjero. Y quizás este modelo sea el que en la actualidad mejor garantice su aplicación efectiva, habiendo sido el adoptado, con algunos matices, en la mayor parte de los Estados, sobre todo en aquellos que disponen de una ley especial de Derecho internacional privado: así, en la Ley italiana de Derecho internacional privado de 31 de mayo de 1995 (art. 14); en el Código belga de Derecho internacional privado de 16 de julio de 2004 (art. 15) o en la Ley suiza de Derecho internacional privado de 18 de diciembre de 1987 (art. 16). Y es clarificador al respecto que en el propio Preámbulo de la LCJIMC se establezca que “(n)uestro 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”³⁵. Y es en este escenario de *tertium genus* respecto a la consideración del Derecho extranjero sobre el que se plantea la cuestión relativa al papel -más o menos activo- que está llamado a jugar el juez. Por desgracia la jurisprudencia constitucional al respecto es poco aclaradora, no resultando de ella una posición diáfana: no se recoge un deber expreso del juez de colaborar con las partes en la acreditación del Derecho extranjero, a salvo del supuesto en que la parte obligada a la prueba hubiese actuado con acreditada diligencia, en cuyo caso la “colaboración” por parte del juez debería ser exigible³⁶.

24. No obstante, siendo la regla general la necesidad de que las partes prueben el contenido y vigencia del Derecho extranjero, lo cierto es que existen algunas excepciones a ello: así, en los casos en los que el tribunal ya sea conocedor del mismo (por ejemplo, por haberlo aplicado en procesos anteriores cercanos en el tiempo y conocerlo de modo indubitado) o en casos en que la información necesaria para su aplicación no resulte compleja y sea de público conocimiento y de fácil acceso (así, ordenamientos extranjeros contenidos en páginas Webs oficiales accesibles para)³⁷.

25. Analizando la cuestión desde la perspectiva puramente procesal, cuando el artículo 281.2 LEC establece que, en relación a la prueba del Derecho extranjero, el tribunal puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación, la propia norma procesal pone a su disposición momentos procesales e instrumentos suficientes para hacer valer dicha posibilidad³⁸. Así, por lo

gencia, sin que ello excluya la actuación del órgano jurisdiccional en orden a su aplicación” (“La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley de enjuiciamiento civil”, *cit.*, pp. 2346-2347). Un compendio de las diversas posiciones doctrinales sobre las reglas del *onus probandi* y la capacidad de iniciativa del juez en relación a la prueba del Derecho extranjero puede verse en P.P. MIRALLES SANGRO, *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, *cit.*, pp. 201-205.

³⁵ Ha de indicarse que la doctrina, de manera mayoritaria, también se ha mostrado favorable al modelo mixto o híbrido, así M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles”, *Revista General del Derecho*, nº 541-542, 1989, pp. 6247-6314; J. MASEDA RODRÍGUEZ, “La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia constitucional”, *Actualidad Civil*, nº 12, 2002, pp. 420-430; E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “Tratamiento procesal del Derecho extranjero en el título preliminar del Código civil”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. II, 1975, pp. 62-63 y M. CRISTINA SANZ, “La prueba del derecho extranjero ante tribunales civiles españoles (1)”, *Diario La Ley*, núm. 9670, Sección Tribuna, 9 de Julio de 2020, p. 2.

³⁶ Sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación a la prueba del Derecho extranjero *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2002, nº 1, pp. 205-223; J. MASEDA RODRÍGUEZ, “La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia constitucional”, *cit.*, pp. 414-418; L. CARRILLO POZO, “Una doctrina constitucional sobre alegación y prueba de la Ley extranjera”, *Aranzadi Social*, 2003, nº 7-8, pp. 53-84; V. CUARTETO RUBIO, “Prueba del Derecho extranjero y tutela judicial efectiva”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 14, 2000, pp. 21-71; A. DESDENTADO BONETE, “¿Otro cierre en falso? La prueba del Derecho extranjero”, *Diario La Ley*, núm. 6188, 11 de febrero de 2005, pp. 1-2 y A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero (en torno a la STS, Social, de 4 de noviembre de 2004)”, *Diario La Ley*, núm. 6238, 25 de abril de 2005, pp. 1-11. *Vid.* sentencias del Tribunal Constitucional 10/2000, de 17 de enero de 2000; 155/2001, de 2 de julio de 2001; 33/2002, de 11 de febrero de 2001 y 172/2004, de 18 de octubre de 2004.

³⁷ La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2019 indicó al respecto que: “sin perjuicio del principio de alegación y prueba del Derecho extranjero por las partes que establece nuestro sistema (...), el juez debe aplicar el Derecho extranjero si es que lo conoce” (ECLI: ES:TS:201956; F.D. 3, punto 1). Al respecto *vid.* P.P. MIRALLES SANGRO, *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, *cit.*, pp. 195-196.

³⁸ Respecto a los instrumentos de que dispone el juez para la acreditación del Derecho extranjero *vid.* nota 21.

que hace a los momentos procesales, puede actuar en la audiencia previa en el procedimiento ordinario, si considera que las pruebas propuestas pueden ser insuficientes, el juez tiene la facultad de advertirlo y señalar a las partes la prueba o pruebas que considere más apropiadas (art. 429.1.III LEC); o en el trámite de diligencias finales puede el juez adoptar, mediante auto, la práctica de determinadas actuaciones probatorias que pueden afectar a la acreditación del Derecho extranjero (art. 435 LEC); en el juicio verbal el juez tiene la facultad de indicar a las partes la práctica de determinadas pruebas también *ex* artículo 429.1 LEC³⁹; por último, en los procesos especiales se permite al juez adoptar cuantos medios de prueba estime pertinentes, y ello con independencia de los solicitados por el Ministerio Fiscal o las partes (art. 752.1.II LEC)⁴⁰.

26. Diseñada así a nuestro entender la exigencia del deber de colaboración del juez con las partes para la averiguación del contenido y vigencia del Derecho extranjero, nos podríamos encontrar ante una posible vulneración del artículo 24.2 de la Constitución en dos supuestos: a) por un lado, y dado que el derecho a la prueba consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas (STC 181/1995, de 11 de diciembre, STC 246/1994, de 19 de diciembre y STC 1/1992, de 13 de enero), en el caso de que el tribunal no admitiese pruebas en aras a la acreditación del Derecho extranjero que fuesen pertinentes o, que, de haberlas admitido, no fuesen practicadas por causas no imputables a la parte (STC 246/1994, de 19 de diciembre y STC50/1988, de 22 de marzo); b) por otro, en el caso de que habiendo una parte fundado debidamente sus pretensiones en un Derecho extranjero y actuando con diligencia en lo que hace a la averiguación de su vigencia y contenido, el juez denegase las pretensiones de la parte por la no prueba del Derecho extranjero, cuando dicha deficiencia fuese resultado directo de la no colaboración injustificada por parte del juez (STC 155/2001, de 2 de julio)⁴¹.

3. La valoración de la prueba: la “regla de la sana crítica”

27. Concluida la actividad probatoria, corresponderá a los tribunales determinar el valor probatorio de la prueba practicada de acuerdo con las “reglas de la sana crítica”, noción ésta recogida de manera novedosa en el artículo 33.2 LCJIMC y que conforma una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción del juez⁴². Los medios de acreditación del Derecho extranjero serán libremente apreciados por el tribunal, el cual realizará una valoración sobre la fuerza probatoria de los diferentes medios de prueba empleados con arreglo a la citada regla.

28. La regla de la sana crítica implica que en este ámbito no opera un sistema de prueba tasada, no encontrándose el tribunal vinculado por las pruebas practicadas. Y, redundando en la valoración

³⁹ En efecto, como indica F. GARAU SOBRINO, mientras las diligencias finales, previstas únicamente para el juicio ordinario, no son aplicables para el juicio verbal (art. 445 LEC), sin embargo, el artículo 429.1 LEC -incluido dentro de la regulación del juicio ordinario- sí es aplicable al juicio verbal a tenor del artículo 443.4, p. 2º LEC (“La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley de enjuiciamiento civil”, *cit.*, p. 2348).

⁴⁰ Respecto al momento procesal en el que, en los distintos procedimientos, el juez puede llevar a cabo actuaciones en aras a la acreditación del Derecho extranjero *vid.* F. GARAU SOBRINO, “La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley de enjuiciamiento civil”, *cit.*, pp. 2346-2352.

⁴¹ Una interesante valoración sobre la posición del juez ante la prueba del Derecho extranjero puede verse en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 14 de marzo de 2019: “(...) parece que la propia norma encomienda al juez un papel especialmente activo en orden a la averiguación del Derecho extranjero (...). Lo cual es perfectamente lógico, si tenemos en cuenta que, al aplicar el Derecho extranjero al que se remite la norma de conflicto de Derecho internacional privado español, no se hace otra cosa que aplicar la normativa española”, es más, yendo más lejos, se indica: “(...) el Derecho extranjero no tiene necesariamente que ser alegado y probado por las partes en el proceso para que el juzgador pueda aplicarlo a partir de la designación o remisión que al mismo haga la norma de conflicto” (ECLI:ES:APV:2019:431; F.D. 2, pfo. 12).

⁴² Sobre la regla de sana crítica *vid.*, entre otros, M. TARUFFO, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002; J.L. SEOANE SPIELGEBER, *La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2007; J. LAZO CORDERO, “Lógica y sana crítica”, *Revista Chilena del Derecho*, v. 36, núm. 1, 2009, pp. 143-164 y F. ZUBIRI DE SALINAS, “¿Qué es la sana crítica? La valoración judicial del dictamen experto”, *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, núm. 50, julio 2004, pp. 55-56.

conforme a las reglas de la sana crítica, ha de tenerse en cuenta que, a tenor del artículo 33.4 LCJIMC, “(n)ingún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre Derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles”. Es decir, ni siquiera estos medios probatorios -que en principio pudieran presentarse como idóneos para la acreditación del Derecho extranjero- presentan un carácter vinculante para el tribunal, sino que, como no podía ser de otra manera, éste deberá valorarlos y decidir si, con fundamento en el contenido de los mismos, puede resolverse el litigio mediante la aplicación del Derecho extranjero, y ello sin ofrecerle dudas razonables⁴³.

29. En relación a la regla de la sana crítica, de muy sorprendente podemos considerar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 28 de octubre de 2019⁴⁴, cuando, ante un supuesto de posible aplicación del Derecho alemán en relación a la determinación de una pensión compensatoria, dispone que, tal como señala el artículo 281.2 LEC, el Derecho extranjero debe probarse por quien lo alega. Pero justo a continuación señala que, en defecto de prueba del Derecho extranjero, tal y como señala el artículo 33.3 LCJIMC se debe acudir “a las reglas de la sana crítica”, o, excepcionalmente, al Derecho español (F.D. 3, pfo. 3). Pues bien, ¿realmente establece eso el citado artículo?, evidentemente no: las reglas de la sana crítica, como hemos indicado, se utilizan para determinar el valor probatorio de la prueba practicada con el fin de acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero (artículo 33.2 LCJIMC). Esto es, en ningún caso las reglas de la sana crítica constituyen una especie de ordenamiento aplicable para suplir la eventual falta de prueba del Derecho extranjero. Se trata de algo realmente incomprensible⁴⁵.

30. Respecto a los documentos públicos ha de indicarse que, el hecho de que el artículo 319.1 LEC se refiera a la “prueba plena” que en principio se predica de los mismos, no significa que la afirmación que realice un funcionario público extranjero sobre el Derecho extranjero en un documento público deba ser tenida por cierta en todo caso. Lo que quiere decir es que la opinión recogida en tal documento no ha de ser puesta en duda en cuanto su veracidad y autenticidad. Es decir, lo que se recoge en informes contenidos en un documento público respecto a un determinado Derecho extranjero no puede ser puesto en duda en cuanto que hace prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que se documenten, de la fecha y de la identidad de las personas que intervienen en el mismo⁴⁶. Sin embargo, la valoración sobre la fuerza probatoria de lo dispuesto en el documento en cuanto a su contenido no dejará de estar sometida a la regla de la sana crítica a la hora de su consideración por el juez.

31. Hemos de concluir este apartado indicando que, en el hipotético supuesto de que una parte presentase una prueba sobre el Derecho extranjero y la otra parte no la impugnase, ello no implicaría que hubiera de aceptarse automáticamente por el tribunal el contenido y vigencia del tal Derecho, pues éste deberá decidir si dicha prueba es suficiente o no para causar tal efecto. En este sentido, no procede la prueba del Derecho extranjero mediante la doctrina de los hechos admitidos, dado que dicha doctrina sólo es aplicable respecto a los hechos (art. 281.3 LEC): lo cual resulta razonable si se tiene en cuenta

⁴³ Como claramente indica el Tribunal Supremo en relación a los informes o dictámenes de juristas en la sentencia de 20 de julio de 2011, “una cosa es que la información sobre el Derecho extranjero pueda referirse a su contenido y alcance (art. 34 LCJIMC) y otra que esa información pueda resultar vinculante para el tribunal” (ECLI: ES:TS:2021:3073; F.D. 4, aptdo. 2, *in fine*).

⁴⁴ ECLI: ES:APIB:2019:2338.

⁴⁵ Y no nos encontramos ante un mero error puntual que pudiera justificarse por algún tipo de despiste, pues al margen de la incongruencia que supone en sí dicha afirmación, la Audiencia Provincial lo reitera más adelante en los mismos términos al final del fundamento de Derecho segundo: “Y hemos de recordar que tal y como hemos señalado precedentemente, en defecto de prueba del Derecho extranjero, tal y como señala el artículo 33.3 LCJIMC, se debe acudir a las reglas de la sana crítica (...)”. Está claro que los magistrados de la Sección 4 de la Audiencia Provincial de Palma no habían leído -o entendido- bien el contenido del artículo 33 LCJIMC.

⁴⁶ Sobre la eficacia material de los documentos públicos extranjeros mantiene F.J. GACIMARTÍN ALFÉREZ que la misma “(...) viene determinada por la *lex causae* (art. 323.3 LEC). El contenido de esos documentos se lee desde la *lex causae* y, en consecuencia, esta ley determina, por ejemplo, la necesidad de esos documentos como requisito de validez del negocio o de la producción de determinados efectos sustantivos” (*Derecho internacional privado, cit.*, p. 236).

que, una vez probado, el Derecho extranjero se erige en fundamento jurídico de las pretensiones de las partes y de la propia sentencia⁴⁷. Para que el tribunal aplique un Derecho extranjero ha de haberse previamente acreditado que lo que se va a aplicar es un Derecho extranjero, y no es de recibo que ello tenga lugar por un mero acuerdo entre las partes⁴⁸.

IV. ¿Y si no se acredita el contenido y vigencia del Derecho extranjero?

1. Planteamiento y posibles soluciones

32. Una de las novedades más interesantes que sin duda aportó el artículo 33 LCJIMC fue la recogida en su apartado 3º al establecer que, “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”. Es el típico artículo en cuyo trasfondo existe una interminable literatura de doctrina y jurisprudencia en torno a una cuestión que, como tendremos ocasión de analizar, parece que no existe interés real en terminar de aclarar.

33. De entrada, ha de indicarse que los supuestos en los cuales resulte que no se acredite el Derecho extranjero pueden ser muy variados en su origen y motivación. Podríamos dividirlos en dos grandes grupos:

34. Por un lado, nos encontraríamos tanto con aquellos supuestos que implican actitudes pasivas o poco diligentes de las partes, supuestos en los que de una manera torticera aquéllas no alegan la aplicación del Derecho extranjero -siendo en teoría aplicable según la norma de conflicto-, como, con aquellos en los que, aun invocándolo, la parte obligada no realiza sin embargo una actividad probatoria mínimamente diligente en aras a tratar su acreditación ante el tribunal. Estos dos supuestos, bien individualizados, bien separadamente, son aquellos que sin duda más frecuentemente acontecen en la práctica.

35. Y por otra parte tenemos los supuestos que podemos considerar más extremos en los que resulta materialmente imposible la prueba del Derecho extranjero: así, son imaginables, entre otros, supuestos como el de la prueba del derecho de países en conflictos bélicos, o de países de reciente creación sin un ordenamiento conocido, o en los casos en que la prueba del Derecho extranjero comporta un coste excesivo, desproporcionado, exorbitante, y ello atendiendo a diversos factores⁴⁹.

36. Pues bien, en relación al primer bloque de supuestos se ha propuesto como posibles soluciones ante la falta de prueba del Derecho extranjero las siguientes⁵⁰:

37. En primer término, la aplicación de oficio por parte del juez del Derecho extranjero: se trata de una tesis contraria a la Ley pues, como hemos indicado, en nuestro sistema de Derecho internacional

⁴⁷ Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO y J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho internacional privado*, 11ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 195, *in fine*. Respecto a la posibilidad de aplicar a la prueba del Derecho extranjero la teoría relativa a la prueba de los “hechos notorios”, los cuales están exentos de prueba conforme a la regla *notoria non eget probatione* vid. P.P. MIRALLES SANGRO, *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, *cit.*, pp. 191-195.

⁴⁸ En el caso de que se presentasen por las partes pruebas contradictorias acerca del Derecho extranjero (por ejemplo, sendos dictámenes de *Barristers* irlandeses sobre el contenido, vigencia e interpretación del Derecho irlandés), el tribunal en principio deberá decidir el medio de acreditación que le resulte más fiable y, en caso de mantener una duda insoluble, tendrá por no probado el Derecho extranjero, con las consecuencias que procedan (vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, 16ª ed., *cit.*, pp. 548-549).

⁴⁹ Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, 16ª ed., *cit.*, pp. 567-581.

⁵⁰ Un minucioso análisis sobre las diversas posibles soluciones que se han barajado ante la falta de prueba del Derecho extranjero puede encontrarse en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Falta de prueba del Derecho extranjero”, *cit.*, pp. 3-13.

privado, salvo supuestos muy excepcionales, son las partes las que tienen la carga de acreditar el Derecho extranjero⁵¹.

38. En segundo lugar, tenemos la tesis de la aplicación sustitutiva del Derecho material español como *lex fori*: se trata de una tesis avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde el siglo XIX⁵², si bien hoy en día encontramos resoluciones del Tribunal Supremo en un sentido contrario a la misma⁵³. Se trata de una tesis que, a nuestro entender, aplicada con carácter general y automático, vulnera el carácter imperativo de la norma de conflicto (art. 12.6 CC)⁵⁴, comporta una gran inseguridad jurídica y favorece maniobras evasivas de la Ley por parte de litigantes proclives a actuar de mala fe⁵⁵.

39. Por último, nos encontramos con la tesis de la desestimación de la demanda: se trata quizás de la solución, al menos desde un punto de vista dogmático, más apropiada. Los argumentos a su favor son múltiples⁵⁶ y, ha sido la tesis mantenida por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo⁵⁷. Además, interpretado *a contrario sensu*, parece la tesis más procedente a la vista de lo dispuesto en el artículo 33.3 LCJIMC, pues en el mismo sólo se prevé la aplicación sustitutiva del Derecho español en supuestos excepcionales -que no son los que ahora abordamos-, por lo que, al menos en principio, cabe prever que pudiera ser admisible la desestimación de la demanda en otros casos⁵⁸.

40. Por lo que atañe al referido segundo bloque de supuestos de imposibilidad de prueba del Derecho extranjero, aquellos donde existe una imposibilidad real y manifiesta de acreditar el Derecho extranjero -no concurriendo ánimo especulativo alguno por las partes-, en principio habría que diferenciar si la norma de conflicto que nos ha remitido a tal Derecho tiene un único punto de conexión o cuenta con varias conexiones sucesivas en su aplicación: a) si la norma tuviera sólo un punto de conexión y el Derecho declarado aplicable no hubiera podido ser acreditado, entonces la única solución rigurosa que se ofrece es la aplicación de la Ley del Estado del foro, en nuestro caso, la Ley española; b) si, por el contrario, la norma de conflicto dispusiera de más de una conexión, habría que acudir al Derecho al cual

⁵¹ Esta tesis, que no respeta el reparto de la carga de la prueba establecido en el artículo 282 LEC, tampoco cuenta con el apoyo favorable de la jurisprudencia (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2005 - ECLI:ES:TS:2005:3760-).

⁵² Por su parte, el Tribunal Constitucional nunca ha afirmado que esta tesis sea la única que encaje con la tutela judicial efectiva ante la falta de prueba del Derecho extranjero (sobre la tibia posición del Tribunal Constitucional en esta materia ver nota 36).

⁵³ En particular, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2010, que en un supuesto de aplicación del Derecho argentino estableció que cuando la demanda o reconvencción no va acompañada de la correspondiente prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero procede su desestimación “por cuanto se trata de un hecho constitutivo” (ECLI:ES:TS:2010:5162).

⁵⁴ Sobre la imperatividad del artículo 12.6 CC establece la interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de septiembre de 2021 que, a tenor de dicho precepto, la Sala “está obligada a aplicar de oficio las normas de conflicto del Estado Español, al ser normas de *ius cogens*, y ello con independencia de que las partes no la hayan alegado”. Y más adelante se indica que al ser imperativa la norma de conflicto, “nada impide que pese a no haber sido alegada por ninguna de las partes, esta Sala deba proceder a su aplicación cuando claramente se deduce de los hechos que constan en autos” (ECLI:ES:APM:2021:9947: F.D. 2, pfs. 8 y 13).

⁵⁵ Como indica F. GARAU SOBRINO “(...) está claro que el Derecho positivo español parte del principio de indisponibilidad de las normas de conflicto”; esta claridad quedó más de manifiesto, si cabía, cuando se derogó el párrafo segundo del art. 12.6 CC y se dejó inalterado el párrafo primero, de donde se dedujo “una clara intención del legislador de seguir manteniendo el principio de un Derecho internacional privado imperativo” (“La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley de enjuiciamiento civil”, *cit.*, p. 2345).

⁵⁶ Puede verse un profundo análisis de los mismos en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, ed., *cit.*, pp. 573-576.

⁵⁷ En efecto, esta fue la tesis defendida por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo entre los años 2001 y 2004 (STS de 22 de mayo de 2001, entre otras), hasta que la misma fue finalmente rechazada mediante STS de 4 de noviembre de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:7119), dictada en unificación de doctrina, en una a nuestro entender errónea resolución consecuencia de una sesgada lectura de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; la sentencia contó con dos votos particulares, ambos muy acertados, cuya lectura resulta muy recomendable.

⁵⁸ Sobre el ajuste constitucional de la solución consistente en la desestimación de la demanda en casos de no prueba del Derecho extranjero, *vid.* J. MASEDA RODRÍGUEZ, “La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia constitucional”, *cit.*, pp. 430-444.

nos condujera la aplicación de la segunda conexión, o, en su caso, la tercera o siguientes, hasta conseguir la acreditación de un Derecho aplicable.

41. En cualquier caso, en estos supuestos de indeterminación del Derecho extranjero “en sentido fuerte” la doctrina mantiene de una manera casi unánime que no procedería la desestimación de la demanda, pues, entre otros motivos -quedaría en entredicho el carácter jurídico del Derecho extranjero, supondría la imposición total de la carga de la prueba a las partes, etc.-, se incurriría en una situación de inadmisibile denegación de justicia contraria al art. 24 de la Constitución. Es decir, en estos casos, la aplicación sustitutiva de la *lex fori* impide males mayores que la transgresión de la imperatividad de las normas de conflicto recogida en el art. 12.6 CC⁵⁹.

2. La imprecisa respuesta del artículo 33.3 LCJIMC

42. Pues bien, en este contexto de posibles supuestos relativos a la falta de prueba del contenido, vigencia e interpretación del Derecho extranjero nos encontramos con el artículo 33.3 LCJIMC⁶⁰, y, aunque a nuestro entender la solución contenida en el mismo no haya sido todo lo clara y segura que hubiera sido deseable, pudiera parecer que nuestro legislador se decantó, aunque con importantes matices, por la tesis de la aplicación sustitutiva del Derecho español⁶¹.

43. La norma, cuya redacción no es precisamente un prodigio de claridad, resultando algo ambigua, presenta además varias lagunas⁶², y, tal como adelantamos, contiene una solución que incluso no concuerda muy bien con algunas normas especiales de nuestro sistema. Por todo ello ya preveíamos que iba a resultar ciertamente compleja en su aplicación, y ello atendiendo a varios motivos⁶³.

44. En primer lugar, y en relación a la referida laguna, la norma no establece qué debe ocurrir en aquellos casos en los que no haya sido probado el contenido y vigencia del Derecho extranjero por las partes -por ejemplo, por falta de diligencia en la actividad probatoria- y el juez no estime que concurra la “excepcionalidad” exigida por la norma⁶⁴. Pues bien, en tal supuesto entendemos que se deberían seguir planteando otras posibles soluciones como la desestimación de la demanda o la aplicación del Derecho al cual conduzca la posterior conexión, en el caso de que ello fuese factible. Es decir, los casos en los que no exista “excepcionalidad” continuarán siendo supuestos huérfanos de regulación legal. En otras palabras, en teoría el artículo 33.3 LCJIMC sólo ofrece soluciones para los supuestos en los que realmente resulte materialmente imposible para las partes probar el Derecho extranjero, incluso con el posible au-

⁵⁹ Por todos, *vid.* F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, *cit.*, pp. 67-69.

⁶⁰ El apartado tercero del artículo 33 es considerado por algunos como el “plato fuerte” del artículo 33 LCJIMC (P. DIAGO DIAGO, “La prueba del Derecho extranjero tras la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *cit.*, p. 545).

⁶¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ ha puesto de manifiesto cómo, desgraciadamente, el artículo 33.3 LCJIMC, “que en principio iba a resultar el auténtico y milagroso bálsamo de Fierabrás idóneo para curar todas las dolencias del sistema español de prueba del Derecho extranjero, es un precepto decepcionante, que no ha resuelto nada al respecto” (“Falta de prueba del Derecho extranjero”, *cit.*, p. 8). En parecidos términos, A.L. CALVO CARAVACA, indicó que “muchas eran las esperanzas depositadas en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil por lo que se refiere a las mejoras que podía introducir en el régimen jurídico de la acreditación del Derecho extranjero. Sin embargo, esta es la crónica de una decepción” (“Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas”, *REDI*, Sección Estudios, Vol. 68/2, julio-diciembre 2016, Madrid, pp. 154-155).

⁶² Como señala G. PALAO MORENO, son diversas las cuestiones que no se abordan en la Ley. Así, quedarían fuera de su ámbito: el objeto de la prueba, el momento procesal oportuno para la aportación del Derecho extranjero, los medios de prueba utilizables, las cuestiones relativas a la carga de la prueba, las consecuencias que se derivan de la falta de prueba cuando existió la posibilidad de llevarla a cabo o los supuestos de prueba parcial del Derecho extranjero (“Comentario al art. 33: de la prueba del Derecho extranjero”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, 2017, p. 392).

⁶³ Para un análisis crítico en profundidad acerca del artículo 33.3 LCJIMC *vid.* A.L. CALVO CARAVACA, “Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas”, *cit.*, pp. 147-154.

⁶⁴ *Vid.* C. ESPLUGUES MOTA, J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO, *Derecho internacional privado*, 13ª ed., Trirant lo Blanch, Valencia, p. 264 y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Falta de prueba del Derecho extranjero”, *cit.*, p. 9.

xilio del tribunal⁶⁵. Además, al tratarse de una norma prevista exclusivamente para casos excepcionales de prueba imposible del Derecho extranjero, no puede ser aplicada analógicamente, por lo que no podrá utilizarse para fundamentar en la misma la aplicación del Derecho español en aquellos supuestos en que, por ejemplo, las partes, pudiendo haber probado el Derecho extranjero, no hubieran querido hacerlo.

45. En segundo término, nos encontramos ante una norma de evidente carácter nacionalista y legeforista, que ha ignorado otras posibles soluciones que se barajaban por la doctrina, como la aplicación de la conexión subsidiaria de la norma de conflicto (si existiera) en el supuesto de que el Derecho designado por la primera conexión fuese de imposible acreditación. Al respecto, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, ante la laguna legal tradicionalmente existente en nuestro sistema de Derecho internacional privado, ya se refería a las soluciones ofrecidas por la doctrina: bien la aplicación subsidiaria de la *lex fori*, bien la aplicación de un Derecho “pariente” o “cercano”, bien la aplicación de unos principios generales del Derecho deducidos de un estudio de Derecho comparado o bien la aplicación de un Derecho uniforme⁶⁶.

46. Sin embargo, en el artículo 33.3 LCJIMC se optó finalmente como solución por acudir directamente a la aplicación sustitutiva del Derecho español. Como se ha reiterado, es una solución prevista sólo para supuestos “excepcionales” que en la práctica acontecen en muy raras ocasiones, no existiendo apenas casos en la jurisprudencia española en los que la prueba del Derecho extranjero -incluso con la “colaboración del tribunal- sea materialmente imposible⁶⁷. Por ello el artículo 33.3 LCJIMC puede ser considerado como una norma carente de sentido desde un punto de vista práctico, y máxime si tenemos en cuenta que son mucho más numerosos los supuestos en los que la inaplicación del Derecho extranjero viene dada por una actitud pasiva de las partes, supuestos que, como hemos indicado, siguen sin tener una regulación en nuestro sistema tras el artículo 33.3 de la LCJIMC. Veremos más adelante cómo la jurisprudencia está abordando -o ignorando- esta cuestión.

47. Para A.L. CALVO CARAVACA, debe entenderse que la circunstancia de la “imposibilidad de prueba del Derecho extranjero” está sometida al régimen general de la prueba (art. 282 LEC). En sintonía con ello afirma lo que sigue: *a)* la parte que sostiene que no puede probar el Derecho extranjero debe acreditar dicha imposibilidad de prueba; *b)* la parte que sostiene, en su caso, que sí es posible acreditar el Derecho extranjero, debe aportar los elementos que permiten dicha prueba; *c)* si una parte indica que es imposible probar el Derecho extranjero y, por tanto, litiga con arreglo al Derecho español, y la otra parte no indica nada al respecto y contesta también con arreglo al Derecho español, en realidad nada se ha probado, ni a favor ni en contra, ni por una parte ni por otra; el juez decidirá entonces sí, a su criterio, es imposible o no la prueba del Derecho extranjero, y *d)* si el juez concluye que es imposible probar el Derecho extranjero, entonces aplicará el Derecho sustantivo español⁶⁸.

⁶⁵ Al respecto mantiene F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ que “la aplicación de esta solución es enormemente problemática pues constituye casi una prueba diabólica o de hechos negativos: ¿cómo se demuestra que no se ha podido acreditar el contenido de la ley extranjera? El cumplimiento de esta carga no debe apreciarlo de oficio el juez, sino la parte interesada” (*Derecho internacional privado, cit.*, p. 240).

⁶⁶ No obstante, esas soluciones eran criticadas por el referido autor, quien mantuvo que la solución debía pasar por respetar los postulados del sistema conflictual y adaptarse a cada tipo de remisión: así, abogaba por la utilización de criterios de conexión subsidiarios deducidos del propio sistema de Derecho internacional privado y, sólo en el caso de que esta solución resultase infructuosa, se debería acudir a la aplicación de la *lex fori* como *ultima ratio* (*Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial, cit.*, pp. 69-72).

⁶⁷ Para R. MIQUEL SALA, no parece que esta norma permita en cualquier caso a las partes burlar la consecuencia jurídica prevista con carácter imperativo por la norma de conflicto mediante una actitud pasiva por lo que respecta a la prueba del Derecho extranjero, sino que dicha solución debería reservarse primordialmente para los supuestos de “total indeterminabilidad del contenido del Derecho extranjero” (“Prueba pericial del Derecho extranjero ante los tribunales alemanes: una aproximación práctica”, *Millennium Derecho Internacional Privado*, núm. 10, p. 3). Por su parte, para S. SÁNCHEZ LORENZO y J.C. FERNÁNDEZ ROZAS la regla general debe ser la acreditación y aplicación del Derecho extranjero indicado por la norma de conflicto. La aplicación del Derecho español en caso de falta de acreditación del Derecho extranjero es, en todo caso, “una solución residual y excepcional”, como establece el artículo 33.3 LCJIMC (*Derecho internacional privado, cit.* p. 186, *in fine*).

⁶⁸ “Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas”, *cit.*, p. 144. Para L. PÉREZ LOSA, “la excepcionalidad a la que alude el precepto transcrito debe interpretarse en el sentido que el respeto a la imperatividad de las

48. Finalmente, la propia redacción de la norma contenida en el art. 33.3 LCJIMC crea una evidente inseguridad jurídica. Así, se establece que en el caso excepcional de que no se pueda acreditar el Derecho extranjero “podrá” aplicarse el Derecho español. Parece pues evidente que en tales casos el juez no está imposibilitado para adoptar otras posibles soluciones, esto es, ni siquiera en tales casos calificados como excepcionales tendría la obligación de aplicar el Derecho español. Ello, lógicamente, genera una inseguridad jurídica para las partes, quienes van a desconocer *a priori* la solución efectiva que finalmente podrá seguir el juez ante la imposibilidad real de acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero.

49. Así las cosas, de lo expuesto cabe concluir que la norma contenida en el artículo 33.3 LCJIMC, a pesar de lo que pudiera resultar de una primera y simple lectura, resulta de compleja aplicación. No es una norma que recoja en nuestro sistema abiertamente la solución aplicación de la *lex fori* para los casos de falta de prueba del Derecho extranjero⁶⁹, sino que su aplicación va a quedar condicionada al cumplimiento de una serie de circunstancias, en particular, a la consideración por parte del órgano judicial del hecho de encontrarnos ante un supuesto definible como “excepcional”; para lo cual, habrá que abordar en primer tiempo qué es lo que se va a considerar incluido en tal concepto⁷⁰.

50. Ante una falta de prueba del Derecho extranjero por una clara negligencia de la parte que debe acreditarlo, la opción de aplicar el Derecho español conllevaría un flagrante incumplimiento del mandato del artículo 12.6 CC. Y si a requerimiento del tribunal para que, ex artículo 231 LEC, se aporte prueba suficiente y se subsane el defecto en que se incurre, la parte obligada a la prueba continúa pasiva, evidenciando una actitud fraudulenta o de mala fe, entonces, llegados a este extremo no se debería descartar la desestimación, debidamente fundamentada, de la demanda⁷¹. Para J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, la desestimación de la demanda en casos flagrantes como estos constituye una respuesta plenamente fundada y motivada, pues toda demanda cuyo fundamento jurídico sea irreal, inexistente o incorrecto, debe ser desestimada, debiendo el tribunal, eso sí, fundamentar o justificar debidamente dicha decisión desestimatoria de las pretensiones⁷².

51. Desgraciadamente, y como tendremos ocasión de comprobar con el análisis que vamos a acometer a continuación, hasta la fecha la labor de la jurisprudencia sobre la aplicación del artículo 33.3

normas de conflicto impide excluirlas con la aplicación de la *lex fori* a la mínima oportunidad, cosa que favorecería dejar la aplicación de las normas de conflicto a la libre voluntad de las partes, que tendrían suficiente con no alegar el Derecho extranjero para eludir su aplicación cuando no les interesara, aunque a él se remitiera la norma de conflicto” (“La prueba del Derecho extranjero en el ordenamiento jurídico español”, *Economist & Jurist*, 20 de agosto de 2020, <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-prueba-del-derecho-extranjero-en-el-ordenamiento-juridico-espanol/>).

⁶⁹ De hecho, como acertadamente resalta P. DIAGO DIAGO, la misma Exposición de Motivos de la LCJIMC viene a señalar, a *sensu contrario*, que las situaciones “normales” deben ser aquellas en las que las partes consigan probar el Derecho extranjero (“La prueba del Derecho extranjero tras la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *cit.*, p. 538).

⁷⁰ Como indica P. GONZÁLEZ GRANDA, “ese carácter excepcional permite defender una lectura interpretativa tal que se entienda que dicha solución -la de la aplicación sustitutoria del Derecho español- ha de ser utilizada ponderando las circunstancias que concurren en el caso concreto, para ejercer o no tal facultad (*podrá aplicarse el Derecho español*), interpretación que permitiría valorar la actitud de las partes, o mejor dicho, la *conducta procesal de las partes* con todo el provecho que podría extraerse de ello” (“Algunas divergencias recientes frente a la doctrina jurisprudencial dominante en materia de aplicación del derecho extranjero -en particular en materia de familia-”, *cit.*, p. 21).

⁷¹ El problema que se pudiera plantear es que el artículo 400 LEC podría impedir la interposición de una nueva demanda, pudiéndose ver afectado el principio general de tutela judicial efectiva (P. DIAGO DIAGO, “La prueba del Derecho extranjero tras la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *cit.*, pp. 551-552). A nuestro entender dicho problema no sería tal, teniéndose en cuenta que en este caso la demanda se desestimaría por falta de presupuesto, y, además, no se entraría a resolver en cuanto al fondo del asunto, al margen de que pudiera contemplarse la posibilidad de presentar una nueva demanda si la fundamentación fuese diferente (por ejemplo, planteándola de manera correcta en cuanto a la cuestión de la alegación y prueba del Derecho aplicable). J. CARRASCOSA GONZÁLEZ califica la cuestión de dudosa, pues el artículo 400 LEC prohíbe el llamado “goteo de procesos” (“Falta de prueba del Derecho extranjero”, *cit.*, p. 7). En cualquier caso, en relación a esta discutible cuestión, lo que sí procedería sería llevar a cabo un análisis casuístico, lo cual debería acometerse de una manera clara y sin vacilaciones por parte de los tribunales.

⁷² “Enseñanza motivada del Derecho internacional privado en el siglo XXI: Ethos, Pathos y Logos”, *CDT*, (octubre 2021), Vol. 13, núm. 2, p. 687.

LCJIMC no ha sido lo clarificadora que cabría esperar, habiendo aportado más bien poco en aras a despejar las dudas que ya se desprendían de la literalidad del precepto.

V. La jurisprudencia ante la falta de prueba del Derecho extranjero tras el artículo 33.3 LCJIMC

52. Desde que entró en vigor la LCJIMC, hace ya más de seis años, son múltiples las sentencias de las audiencias provinciales y juzgados que se han pronunciado sobre situaciones en las que teóricamente debería haberse aplicado un Derecho extranjero y a las que, a falta de prueba del mismo, habría que haber dado solución conforme a los criterios contenidos en su artículo 33.3. Las respuestas -o, en ocasiones, la ausencia de respuesta-, han sido muy variadas, encontrándonos con las situaciones que pasamos a exponer a continuación en un intento de búsqueda de una interpretación válida de la norma en cuestión.

53. Y dando una muestra de gran desconocimiento de nuestro Derecho positivo, sorprendentemente encontraremos numerosas resoluciones donde, siendo ya aplicable el artículo 33.3 LCJIMC, ni siquiera se hace alusión a la referida norma, acudiéndose directamente al artículo 281.2 LEC, que, sabido es, no aborda directamente el tema específico que ahora tratamos.

1. La posición de las audiencias provinciales

54. Vamos a exponer a continuación cuáles han sido los distintos posicionamientos de nuestras audiencias provinciales. De entrada, hemos de indicar que, como veremos, para la mayoría de las audiencias provinciales que se han pronunciado sobre el tema, el artículo 33.3 LCJIMC no existe, es una “norma fantasma” en nuestro ordenamiento, esto es, no se hace mención alguna al mismo en sus resoluciones. Y al respecto no cabría invocar la excusa de que cuando se iniciaron los procedimientos no se encontraba en vigor la LCJIMC porque, al margen de que en mayoría de los casos sí lo estaba ya, lo cierto es que, a tenor de su Disposición transitoria única, interpretada a *contrario sensu*, el Título II de la Ley, -donde está ubicado el art. 33-, se encuentra en vigor desde el 20 de agosto de 2015⁷³. Y, en el peor de los casos, entendemos que, al menos, se podía haber hecho alguna referencia al mismo aunque solo fuese a efectos interpretativos.

A) Resoluciones que, sin citar el artículo 33.3 LCJIMC, aplican el Derecho español

55. Así, en la sentencia de la Audiencia provincial de Tenerife de 19 de enero de 2018⁷⁴, en el caso de una reclamación de paternidad donde era aplicable el Derecho de la República Checa a tenor del artículo 9.4 CC, ante su falta de prueba, se acude al artículo 281.2 LEC, pasando por alto la existencia del artículo 33.3 LCJIMC, el cual ni es citado. En el caso, ante la falta de prueba del Derecho checo, y existiendo una inactividad total por la parte obligada a la prueba, sin embargo, la Audiencia concluyó

⁷³ Aclaramos esto en cuanto la Disposición transitoria única de la Ley 29/2015 (“Régimen aplicable a los procesos en tramitación”) especifica, por ejemplo, que el Título IV (“De la litispendencia y de la conexidad internacionales”) se aplicaría a las demandas que se presentasen ante los órganos jurisdiccionales españoles con posterioridad a la entrada en vigor de la ley; o que el Título V (“Del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros, del procedimiento de exequátur y de la inscripción en Registros públicos”) se aplicaría a las demandas de exequátur que se presentasen ante los órganos jurisdiccionales españoles con posterioridad a la entrada en vigor de la ley, con independencia de la fecha en que se hubiese dictado la resolución extranjera. Así pues, ha de entenderse que el Título II, respecto del que no se hace salvedad alguna, es aplicable desde el 20 de agosto de 2015.

⁷⁴ ECLI: ES:APTF:2018:55. Un comentario de la referida sentencia puede verse en P. GONZÁLEZ GRANDA, “Algunas divergencias recientes frente a la doctrina jurisprudencial dominante en materia de aplicación del derecho extranjero (en particular en materia de familia)”, *cit.*, pp. 8-9.

que “la falta de alegación y prueba consustancial determina la pérdida de oportunidad de que se aplique el Derecho checo”. Además, añadió que “como quiera que el tribunal no tiene obligación de practicar diligencias de averiguación *ex officio*, y que no existe prueba acerca del Derecho extranjero (...), la consecuencia es la aplicación del Derecho español, según ha resuelto reiteradamente la jurisprudencia (...)”.

56. En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria de 26 de febrero de 2018⁷⁵, en un supuesto donde procedía la aplicación del Derecho alemán para la determinación del plazo de posible prescripción de una acción, el cual que no fue debidamente acreditado, resuelve aplicando directamente el artículo 281.2 LEC, sin hacer referencia de nuevo al artículo 33.3 LCJIMC. En tal caso, para la Audiencia no fue debidamente acreditado el Derecho alemán⁷⁶, resolviendo sin más que, “no acreditada la normativa alemana en materia de prescripción, debemos aplicar el Derecho patrio”. Y ni siquiera se hace referencia a la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a dicha tesis, entendiéndola ya como algo notorio.

57. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de abril de 2018⁷⁷, en un supuesto de aplicación del Derecho alemán a una disputa comercial, ante la ausencia de prueba del referido Derecho, omite cualquier referencia al artículo 33.3 LCJIMC y aplica el artículo 281.2 LEC para dar solución a la cuestión. Efectivamente, ante la ausencia de prueba del Derecho alemán por negligencia de la parte obligada a ello -que mantuvo una actitud totalmente pasiva al respecto-⁷⁸, estima que procede la aplicación del Derecho nacional atendiendo a la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el asunto⁷⁹.

58. Por su parte, la sentencia también de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de julio de 2018⁸⁰, en el caso de un accidente de circulación por carretera acontecido en Francia, siendo aplicable el Derecho francés a tenor del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971, solo considera el artículo 281.2 LEC en relación a la prueba del Derecho extranjero y a la solución en caso de ausencia de prueba -no se había acreditado el Derecho francés-, volviéndose a omitir cualquier referencia al artículo 33.3 LCJIMC. En el caso, y sin que ni siquiera se hubiese intentado por las partes la prueba del Derecho aplicable, se optó por aplicar el Derecho español siguiendo la tradicional tesis del Tribunal Supremo sobre que “la consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero no es la desestimación de la demanda, o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, sino la aplicación del Derecho español”⁸¹.

59. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de septiembre de 2018⁸², abordó un supuesto donde se había pactado que un contrato de préstamo se regiría por el Derecho luxembur-

⁷⁵ ECLI: ES:APGC:2010:531.

⁷⁶ Y ello a pesar de que se había aportado junto a la demanda un “dictamen jurídico”, el cual no fue considerado suficiente a efectos probatorios, pues, aunque se consideraron correctas las valoraciones contenidas en el mismo, ni se informaba ni se acreditaba sobre aquellos preceptos del Código civil alemán que debían ser tenidos en cuenta en orden a examinar la prescripción. Y es precisamente en estos casos en los que el juez nacional debe aplicar la normativa propia de otro Estado “cuando debe acreditarse con rigor por quien solicita su aplicación, su existencia y su vigencia”, lo que no aconteció en el caso de autos (F.D. 2, *in fine*).

⁷⁷ ECLI: APB:2018:2837.

⁷⁸ Es curioso que al respecto se indique en la sentencia que “las partes se han abstenido de forma absoluta y plena de todo intento de aportar o solicitar prueba al respecto, a través de documentos públicos y del informe elaborado y ratificado por jurisperitos expertos en el Derecho cuya aplicación se invoca, que tradicionalmente se estima prueba suficiente para acreditar la vigencia y contenido de la Ley extranjera que resulta de aplicación” (F.D. 3, pfo. 4). Con ello se volvía a poner de manifiesto la importancia de los dictámenes de expertos de cara a la prueba del Derecho extranjero, pero, sobre todo, se avaló la tesis que permite, ante la pasividad de la parte, dar lugar a la aplicación del Derecho español.

⁷⁹ En particular se refiere a las sentencias de 17 de abril de 2015 -ROJ: STS 1869/2015- y 20 de mayo de 2015 -ROJ: STS 3159/2015.

⁸⁰ ECLI: ES:APB:2018:6940.

⁸¹ Y exactamente lo mismo aconteció en la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 8 de enero de 2019 (ECLI: ES:APML:2019:18), donde, ante la falta de prueba del Derecho marroquí en un caso de impugnación de un negocio simulado, se avaló, sin más, la aplicación del Derecho español. Y ello de nuevo sin referencia alguna al artículo 33.3 LCJIMC, que se encontraba plenamente en vigor.

⁸² ECLI: ES:APB:2018:6269A.

gués, legislación que debería ser la aplicable a la eventual demanda ante los tribunales de Luxemburgo solicitando la resolución anticipada del préstamo por incumplimiento. Sin embargo, como ya constaba en el auto que se recurrió, no se había probado por el solicitante de unas medidas cautelares previas a la solicitud de resolución, el contenido y vigencia de dicho Derecho “en los términos previstos en el artículo 281.2 LEC”. Por ello, y con fundamento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 17 de abril de 2015 y otros citadas⁸³), se había concluido por el juez *a quo* que la falta de prueba de tal Derecho determinaba la aplicación del Derecho español. Ahora bien, para la Audiencia Provincial, tratándose de un procedimiento de medidas cautelares, desde dicha perspectiva se abordó erróneamente la concurrencia de los requisitos para la aplicación del Derecho extranjero y las consecuencias de su falta de prueba; y ello porque en el caso no estábamos ante un proceso declarativo, que necesariamente exigía un pronunciamiento sobre el fondo (y a tales supuestos se refería la jurisprudencia citada), sino ante unas medidas cautelares previas a la interposición de una demanda ante los tribunales de Luxemburgo sometida a la legislación de dicho Estado⁸⁴.

60. Interesante es el supuesto abordado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de octubre de 2018⁸⁵. En el mismo se había pactado entre las partes, en un caso de propiedad industrial, la aplicación del Derecho inglés (en concreto, la *Copyright, Designs and Patents Act, 1988*). Sin embargo, la demandante, que le correspondía la carga de la prueba, no realizó esfuerzo alguno por acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero. En la apelación, la parte apelante alegó que no se había incorporado al proceso prueba alguna del Derecho extranjero, pero no extrajo ninguna consecuencia que derivase de tal hecho. Y para la Audiencia Provincial, en ningún caso esa ausencia de prueba podría conducir a la desestimación de la demanda, invocando la clásica jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a que la consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero es la aplicación del Derecho español (de nuevo la sentencia de 17 de abril de 2015, con abundante cita doctrinal anterior). A nuestro entender, no es precisamente eso lo que se deduce del artículo 33.3 LCJIMC, que nuevamente vuelve a ser ignorado en el presente supuesto, sin ni siquiera merecer una mínima referencia.

61. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de enero de 2019⁸⁶, en otro supuesto de responsabilidad derivada de un accidente de circulación por carretera acontecido en Portugal, la parte demandante invocó la aplicación del artículo 30 del Código de circulación portugués, pero no acreditó la norma que determinase si se trataba de una responsabilidad subjetiva u objetiva, ni la distribución de la carga de la prueba. Pues bien, la Audiencia determina que el hecho de que no exista prueba de la legislación extranjera no determina necesariamente la desestimación de la demanda, pues en tales casos el Tribunal Supremo señala la aplicación de la legislación española (sentencia de 17 de abril de 2015). Y por ello, en lo que se refiere al régimen jurídico aplicable para determinar a quién incumbía la responsabilidad extracontractual, había de aplicarse la legislación española⁸⁷.

⁸³ La referida sentencia del Tribunal Supremo es, sin duda, una de las más citadas en la materia en los últimos años. *Vid. un resumen de los extremos esenciales de la misma en P. GONZÁLEZ GRANDA, “Algunas divergencias recientes frente a la doctrina jurisprudencial dominante en materia de aplicación del derecho extranjero (en particular en materia de familia)”, cit., pp. 3-5.*

⁸⁴ Por ello, el juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de dicha pretensión (la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*) debía examinarse a la luz del Derecho aplicable -el luxemburgués- y, para la Audiencia, acertadamente a nuestro entender, “la falta de prueba de este Derecho no conlleva la aplicación del Derecho patrio, sino la falta de prueba de la apariencia de buen derecho exigible y, por lo tanto, la improcedencia de las medidas cautelares solicitadas” (F.D. 3, pfo. 3).

⁸⁵ ECLI: ES:APM:2018:13812.

⁸⁶ ECLI: ES:APM:2019:773.

⁸⁷ Y ello, se señaló en la sentencia, “sin perjuicio de tomar en cuenta el artículo 30 del Código de circulación portugués, que fue invocado por la actora, cuyo contenido no fue cuestionado por el demandado, y que por ello cabe aplicar, si bien, en todo caso, tal norma es equivalente a la que rige en el ordenamiento jurídico español” (F.D. 4, *in fine*). A nuestro entender esta afirmación es discutible, pues, como hemos visto, no cabe acoger la teoría de los hechos admitidos en relación a la prueba del Derecho extranjero. El Tribunal lo tenía más fácil simplemente habiendo aludido al artículo 7 del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera (“Cualquiera que sea la ley aplicable, para determinar la responsabilidad se deberán tener en cuenta las normas sobre circulación y seguridad que estuvieren en vigor en el lugar y momento del accidente”), Convenio que era aplicable al caso para determinar la Ley aplicable, pero que, sin embargo, fue incomprensiblemente ignorado por la Audiencia Provincial.

62. La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 3 de abril de 2019⁸⁸, en un supuesto de ley aplicable al régimen económico matrimonial, y siendo aplicable el Derecho belga, indica que las partes debieron en todo caso alegar y probar tal Derecho, cosa que no hicieron, pues la prueba del Derecho extranjero, en cuanto a su vigencia, contenido, entidad y aplicación, constituye fundamentalmente carga probatoria de quien lo alega. Sin perjuicio de lo anterior, la Audiencia señaló que pudiendo ahora determinarse de oficio que el régimen estatutario es el de sociedad de gananciales salvo pacto en contrario ex artículos 1398 y siguientes del Code Civil belga de 21 de marzo de 1804, no existe impedimento de orden público para aplicar las normas “subsidiarias” del Código civil español sobre el particular ante la falta de alegación y prueba de la Ley personal belga, que debió haber sido aplicada en la instancia. Es decir, nos encontramos ante una resolución que, en principio amaga con aplicar de oficio el Derecho extranjero, pero que, como en la instancia se había aplicado sustitutoriamente el Derecho español ante la falta de acreditación del Derecho belga, opta por la comodidad de dar por buena dicha aplicación de aplicación subsidiaria del Derecho patrio, amparada por la clásica doctrina del Tribunal Supremo⁸⁹.

63. La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 28 de junio de 2019⁹⁰, en un caso donde se planteó la procedencia de la aplicación de la Ley inglesa para regular una serie de contratos de multipropiedad, el Tribunal sentenció que la mera presentación de una copia traducida de la *Timeshare Act 1992* no acreditaba que esta fuese la legislación inglesa vigente, aplicable y que hubiere de interpretarse en el sentido que propugnaba la apelante, pues para ello hubiese sido precisa la aportación del pertinente dictamen de juristas concedores de dicha legislación. Y, ante tal circunstancia de carencia de prueba suficiente del Derecho extranjero, el Tribunal declaró que, “no siendo posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, procede juzgar y fallar según el Derecho patrio”.

64. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de septiembre de 2019 se trató de un supuesto donde procedía la aplicación del Derecho francés en relación a una acción directa y subrogatoria aplicable a un contrato de seguro⁹¹, ignorándose si ambas acciones se encuentran reconocidas en el ordenamiento jurídico francés. Pues bien, la Audiencia Provincial, siguiendo las propias alegaciones de la parte recurrente, concluye que la falta de prueba del Derecho extranjero no puede determinar el rechazo automático de una concreta pretensión, sino que, cuando a los tribunales españoles no les sea posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, “habrán de juzgar y fallar según el Derecho patrio”.

65. En el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de noviembre de 2019 se trató sobre la aplicación del Derecho polaco al divorcio de un matrimonio contraído en Polonia⁹². El Tribunal acordó que, ante la falta de prueba del Derecho polaco⁹³, lo que precedía era la aplicación del

⁸⁸ ECLI: ES:APV:2019:1289.

⁸⁹ Como indica J. PICÓ I JUNOY, “la práctica judicial nos enseña que los tribunales, por muy diversos motivos, suelen no aplicar el Derecho extranjero si no es alegado o probado por las partes” (“Causas de la falta de aplicación judicial del Derecho extranjero”, *Justicia. Revisa de Derecho Procesal*, 2011, p. 67). A.L. CALVO CARAVACA, poniendo el dedo en la llaga, indica que “numerosos tribunales españoles adoptan posiciones cómodas y, con citas de tópicos y clichés poco convincentes y carentes de fundamento sustancial, acaban por aplicar el Derecho sustantivo español a litigios que deben regirse por un Derecho extranjero según las normas de conflicto españolas y europeas” (“Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas”, *cit.*, p. 134). He aquí un claro ejemplo de lo que, con acierto, P. DIAGO DIAGO califica como una “especie de atracción a la pasividad”, que conduce, en no pocas ocasiones, a la no aplicación del Derecho extranjero (“La prueba del Derecho extranjero tras la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *cit.* p. 538).

⁹⁰ ECLI: ES:APMA:2019:454.

⁹¹ ECLI: ES:APM:2019:11054.

⁹² ECLI: ES:APM:2019:15321.

⁹³ Para la Audiencia, siguiendo el criterio del Juzgado, el demandante se había limitado a aportar a las actuaciones una traducción de intérprete jurado del idioma polaco de trece preceptos que se decían contenidos en la Ley Orgánica de 25 de febrero de 1964, Código de Familia y Tutela, Título IV, sobre interrupción del matrimonio y separación (artículos 55 a 61), acompañados de una fotocopia de documento, con su traducción al idioma polaco, que parecía corresponder a una Sentencia polaca de 20 de diciembre de 2002 (F.D. 3, pfo.1). De este modo, para el Tribunal, en ausencia de otros elementos de prueba rigurosos y

Derecho español, y ello amparándose en el artículo 281.2 LEC, sin referencia alguna al artículo 33.3 LCJIMC. Además, a mayor abundamiento, la Audiencia mantuvo que, en cualquier caso, el criterio del artículo 8, letra b, del Reglamento 1259/2019, llevaba a la aplicación del Derecho español, por lo que se podía considerar que, al menos en el presente caso, realmente nos encontrábamos ante un falso problema.

66. La sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 4 de marzo de 2020 conoció de un supuesto donde, al divorcio de dos nacionales rumanos, procedía la aplicación del Derecho rumano⁹⁴. Es de destacar que, en el caso tratado, ni la parte demandante alegase dicha aplicación -ni mucho menos aportó prueba del Derecho rumano-, ni la demandada opusiera nada al respecto, ni tampoco el Ministerio Fiscal alegase sobre la procedencia de dicha aplicación, y ni siquiera en la sentencia se planteó la posible aplicación de dicho ordenamiento jurídico. Así las cosas, la Audiencia Provincial resuelve que, a falta de toda alegación y prueba del Derecho rumano, resulta aplicable el Derecho español⁹⁵. Es evidente que este tipo de soluciones promueven y favorecen una posible postura fraudulenta y torticera de las partes, a quienes puede resultar más ventajoso no alegar, y, por lo tanto, no tener que probar un Derecho extranjero, para que directamente el litigio sea resuelto conforme al Derecho español, el cual les puede resultar más cómodo y afín a sus pretensiones.

67. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 4 de marzo de 2020 se abordó un supuesto donde debía aplicarse el Derecho suizo para determinar la posible procedencia de una pensión de alimentos en el marco de un divorcio⁹⁶. El Tribunal afirmó, con referencia a la STS 436/2005, de 10 de junio, entre otras, que la aplicación del Derecho extranjero al proceso depende de que su vigencia y contenido queden probados, cosa que no había acontecido en tal litigio, ni por las partes litigantes ni por el propio Juzgado de acuerdo con lo dispuesto en el art. 281.2 LEC. Y en estas circunstancias, siguiendo la doctrina recogida en la STS de 27 de diciembre de 2006⁹⁷, y sin mención alguna al ignorado artículo 33.3 LCJIMC, concluye la Audiencia Provincial que la ausencia de prueba del Derecho suizo conlleva necesariamente la aplicación de la legislación española.

68. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife, de 16 de julio de 2020⁹⁸, en un supuesto similar al antes comentado de la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 28 de junio de 2019, la apelante pretendía la aplicación de la Ley inglesa en un supuesto de contrato de multipropiedad. Ahora bien, para el Tribunal la parte demandada no había probado ni la vigencia, ni la aplicación ni la interpretación siquiera sistemática de la aplicación de la Ley inglesa a través de peritos-jurisconsultos que podía haberse hecho en el Reino Unido, ni aportó documento legalizado y traducido o auténtico. Por todo ello, advirtiendo el tribunal como habría de haberse probado el Derecho inglés, procedía la aplicación del Derecho español. De nuevo no se hizo referencia alguna al artículo 33.3 LCJIMC para motivar dicho razonamiento.

serios de acreditación de la vigencia, contenido y aplicabilidad, no quedaba cumplido el requisito procesal de acreditación de la vigencia y aplicabilidad del Derecho extranjero.

⁹⁴ ECLI: ES:APTO:2020: 545. Aunque no sea tema del presente trabajo, resultó escandaloso el hecho de que el Tribunal determinase en este caso la aplicación del Derecho rumano al divorcio conforme al artículo 107 CC, cuando dicha norma llevaba ya años sustituida por el Reglamento 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Un comentario sobre dicha nefasta sentencia puede verse en P. GONZÁLEZ GRANDA, “Algunas divergencias recientes frente a la doctrina jurisprudencial dominante en materia de aplicación del derecho extranjero (en particular en materia de familia)”, *cit.*, pp. 5-8.

⁹⁵ De manera que el Juzgado resolvió una demanda de divorcio -en la que se ventilaban los intereses no solo de los esposos sino además de dos menores-, conforme al Derecho español, cuando el aplicable en principio hubiera de haber sido el Derecho rumano.

⁹⁶ ECLI: ES:APIB:2020:682.

⁹⁷ Que reitera la clásica doctrina según la cual “(...) el Derecho extranjero es una cuestión de hecho, y 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 (...)”.

⁹⁸ ECLI: ES:APTF:2020:1229.

69. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 9 de septiembre de 2020 se trató de un supuesto donde procedía la aplicación del Derecho francés a la determinación y cuantificación de las indemnizaciones de los perjudicados en un accidente de circulación por carretera⁹⁹. Ante la falta de prueba alguna del referido Derecho, la Audiencia Provincial, haciendo referencia al artículo 281.2 LEC y numerosa jurisprudencia (STS 198/2015, de 17 abril, entre otras), concluyó que “no existe otra salida que la aplicación de la Ley española” (F.D. 2, aptdo. 5, *in fine*). Por supuesto la valoración del artículo 33.3 LCJIMC quedó de nuevo totalmente obviada, como si tal precepto no existiera.

70. Manteniendo esta clásica, y a nuestro entender improcedente solución de aplicar con automaticidad el Derecho español y obviando por completo la existencia del artículo 33.3 LCJIMC, también encontramos un par de sentencias de juzgados que, por la novedad que supusieron en su momento, interesan ser destacadas:

71. Así la sentencia del Juzgado de lo Mercantil 3 de Gijón de 26 de abril de 2018¹⁰⁰, ante la falta de debida acreditación y prueba del Derecho mexicano aplicable al caso, aplicó el artículo 281.2 LEC, sin hacer referencia alguna al artículo 33.3 LCJIMC. Y ante la falta de debida acreditación del referido Derecho extranjero¹⁰¹, optó por la aplicación del Derecho patrio siguiendo la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, pues “el Derecho extranjero es una cuestión de hecho, y 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 determinar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero habrá de juzgar y fallar conforme al Derecho patrio”.

72. Por su parte, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia 2 de Esplugues de Llobregat de 19 de marzo de 2019¹⁰², contempló el supuesto de un divorcio donde resultaba de aplicación la Ley del Estado de Florida. En este caso destacó el hecho de que el Juzgado invocara expresamente el artículo 33.1 LCJIMC en relación a la cuestión general de la prueba del Derecho extranjero; sin embargo, sorprendentemente, no considerándose probado en el caso el contenido y vigencia del Derecho extranjero¹⁰³, se omitió sobre este aspecto cualquier referencia al artículo 33.3 LCJIMC en orden a establecer la consecuencia de dicha falta de prueba. Nuevamente se optó por resolver el asunto mediante la aplicación del Derecho español atendiendo a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁰⁴.

B) Resoluciones que, con cita del artículo 33.3 LCJIMC, aplican el Derecho español

73. También encontramos en la práctica resoluciones de audiencias provinciales, posteriores a la LCJIMC que, refiriéndose a su artículo 33.3, sin embargo, a efectos prácticos, a la hora de dar solu-

⁹⁹ ECLI: ES:APT:2020:1277A.

¹⁰⁰ ECLI: ES:JMO:2018:1909.

¹⁰¹ Se había acompañado a tal fin a la demanda únicamente un documento consistente en una fotocopia de parte de una Ley, sin aportarse la norma completa, ni justificante alguno de su entrada en vigor y su vigencia actual, ni de su interpretación (F.D. 4, *in fine*).

¹⁰² ECLI: ES:JPII:2019:1.

¹⁰³ Ello al aportar la actora como documental una Web oficial de la legislación del Estado de Florida, sin traducir, transcribiendo al español sólo su artículo 61.052; y, además, aportándose un informe de un jurisperito de Miami, cuya imparcialidad fue puesta en duda por la demandada, al tratarse del letrado del actor en otro procedimiento que se seguía en Miami, y quien ni siquiera fue interrogado en el acto del juicio.

¹⁰⁴ A. ORTEGA GIMÉNEZ, comentando la referida sentencia, mantiene que el artículo 33.3 LCJIMC ha supuesto el reconocimiento legal de la tesis de la aplicación sustitutoria del Derecho español en caso de falta de prueba del Derecho extranjero; opinión que no compartimos por un doble motivo: primero, porque el Juzgado de Esplugues de Llobregat no fundamentó su solución en el artículo 33.3 LCJIMC y, principalmente, porque, como hemos venido exponiendo, entendemos que no procede mantener dicha tesis, el menos con carácter general, a la luz de la propia literalidad del referido artículo (“Régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero. Comentario a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Esplugues de Llobregat de 19 de marzo de 2019”, *Diario La Ley*, núm. 9479, de 17 de septiembre de 2019, p. 7).

ción a las consecuencias de la falta de prueba del Derecho extranjero, pasan por encima de él como si ninguna novedad hubiera traído.

74. Así, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 28 de junio de 2018 se abordó la Ley aplicable a una pensión compensatoria económica por razón del trabajo y a una pensión compensatoria¹⁰⁵. El demandado, que no compareció en la instancia y fue declarado en rebeldía, trató de introducir *per saltum* en la apelación la aplicación del Derecho marroquí, dado que el matrimonio se había contraído en Marruecos. Pero al no haber comparecido en la instancia, la Audiencia Provincial estimó que la introducción entonces de dicha pretensión podría alterar los términos en que el debate había sido fijado y, además, añadió que el empleo de los medios de averiguación del Derecho extranjero es una facultad, no una obligación, del tribunal. Pero, en lo que ahora interesa destacar, la Audiencia afirmó que, en todo caso, la consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero no era la desestimación de la demanda o del recurso de apelación, o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, “sino la aplicación del Derecho español ex artículo 33.3 LCJIMC” (F.D. 2, aptdo. 2)¹⁰⁶.

75. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de junio de 2020 la cuestión versó sobre la aplicación del Derecho portugués en relación a una reclamación derivada de un accidente por circulación en carretera acontecido en Portugal¹⁰⁷. Pues bien, ante la falta de prueba del Derecho extranjero, se entendió que la resolución de instancia acudió correctamente al Derecho español porque así lo permite el artículo 33.3 LCJIMC al señalar que “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”. Desgraciadamente, como en otras tantas ocasiones, la Audiencia en momento alguno razona la mencionada excepcionalidad que, en su caso, podría haber dado lugar a la aplicación sustitutoria del Derecho español. Esta aplicación tiene lugar, una vez más, de una manera automática, y con independencia de la actitud más o menos diligente mostrada por la parte obligada a la prueba del Derecho extranjero¹⁰⁸.

76. Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 23 de febrero de 2021 se planteó la aplicación del Derecho alemán a la determinación de las funciones de la figura del albacea testamentario¹⁰⁹. Esto obligaba a establecer si había quedado debidamente acreditado el contenido y vigencia del Derecho alemán respecto a la figura en cuestión conforme al artículo 281.2 LEC, correspondiendo la prueba del mismo al codemandado, que fue quien invocó su aplicación. El juez *a quo* había declarado en la sentencia por qué no estimaba cumplidamente acreditado el contenido, vigencia y autorizada interpretación del Derecho alemán, sin que lo allí entonces expuesto, de manera amplia y razonada, hubiera resultado desvirtuado en la apelación. Por ello, y de conformidad con lo previsto en el artículo 33.3 LCJIMC, al no haberse acreditado debidamente el contenido y vigencia del Derecho extranjero, la Audiencia determina que “resulta aplicable al caso el Derecho español”. Una vez más, y de manera algo decepcionante, se aplica con cierta automaticidad el Derecho español ante la falta de acreditación del Derecho extranjero¹¹⁰.

¹⁰⁵ ECLIC: ES:APT:2018:1014.

¹⁰⁶ Ya unas líneas más arriba la Audiencia Provincial había establecido en la sentencia que el artículo 33.3 LCJIMC prevé la aplicación del Derecho español cuando las partes no han acreditado la vigencia y contenido del Derecho extranjero aplicable. Como hemos indicado, a nuestro entender no es una aplicación automática del Derecho español lo que se deduce del artículo 33.3 LCJIMC, sino que, con carácter previo, han de ser valorados una serie de aspectos para que ello proceda. La aplicación del Derecho español debe ser algo excepcional, un último remedio.

¹⁰⁷ ECLI: ES:APB:2020:5205.

¹⁰⁸ F. GARAU SOBRINO realiza una demoledora crítica a esta sentencia, y, respecto al punto concreto que abordamos indica que “esta interpretación jurisprudencial hace caso omiso del tenor literal del artículo 33.3 LCJIMC”, considerando que la aplicación del Derecho español debe ser entendida como un mecanismo ‘excepcional’, un último recurso (“Una sentencia digna de figurar en el museo de los horrores del Derecho internacional privado: la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de junio de 2020”, *REEL*, núm. 40, diciembre 2020, p. 23).

¹⁰⁹ ECLI: ES:APIB:2021:411.

¹¹⁰ Ha de tenerse en cuenta que en el presente caso se había aportado a los autos por el codemandado determinada prueba sobre el Derecho alemán en relación a la figura del albacea y su naturaleza jurídica, prueba sobre la que, al parecer, el juzgador

77. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 30 de marzo de 2021 se trató un caso donde se debía aplicar el Derecho portugués en relación a una reclamación derivada del incumplimiento de un contrato¹¹¹. Destaca en esta sentencia el minucioso y detallado relato, a modo de tratado de Derecho internacional privado, que se contiene en el Fundamento de Derecho segundo en torno a la cuestión de la prueba del Derecho extranjero en nuestro ordenamiento. Sin embargo, tras apuntar la sentencia posibles inconvenientes -bien fundamentados- derivados de la no aplicación de un Derecho extranjero así querido por la norma de conflicto española, la Audiencia concluye -de manera decepcionante, a nuestro juicio- destacando que, entre las dos grandes tesis tradicionalmente enfrentadas (desestimación de la demandada *versus* aplicación del Derecho español), el artículo 33.3 LCJIMC finalmente se ha decantado por mantener el sistema de prueba del Derecho extranjero en España a instancia de parte, reforzándolo, consolidándolo y robusteciéndolo¹¹². Y, en consecuencia, no acreditado en el caso el Derecho portugués, procede la resolución del conflicto planteado conforme a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, con aplicación del Derecho material español.

78. Finalmente, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 13 de mayo de 2021¹¹³, en un supuesto de un presunto incumplimiento de contrato, se abordó la posible aplicación del Derecho brasileño y las consecuencias de su falta de prueba. Pero en el caso, la parte demandada y apelante se limitó a mostrar su discrepancia con la aplicación de la Ley española, sin aducir en contrapartida qué norma brasileña sería la aplicable ni en qué condiciones ello daría lugar a la satisfacción de su pretensión de que fuese desestimada la demanda. Obviamente, tampoco se aportó prueba al respecto, y ello pese a lo dispuesto en los artículos 281 LEC y 33.3 LCJIMC, que se citaba expresamente. Por ello se procedió finalmente a resolver el litigio conforme al Derecho español, desestimándose las pretensiones del apelante¹¹⁴.

79. En el ámbito de los Juzgados de Primera instancia, hemos de destacar la primera resolución de la que tuvimos constancia donde se aplicara el artículo 33.3 LCJIMC. Nos referimos al auto del Juzgado de Primera instancia núm. 11 de Sevilla de 25 de mayo de 2018¹¹⁵. En el mismo, invocando la parte que se oponía a una ejecución de unos bonos emitidos en España la aplicación del Derecho de Nueva York, y no habiendo ésta acreditado su contenido y vigencia, “conforme al artículo 281 LEC no procede su aplicación y sí la del Derecho español, de acuerdo con el artículo 33.1 y 3 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil”. Esto es, ante la falta de acreditación del Derecho extranjero, y realizando una interpretación simplista del artículo 33.3 LCJIMC, el juez se decantó por la aplicación del Derecho español. Y la misma postura mantendría el referido Juzgado en el auto de 31 de julio de 2018¹¹⁶, al resolver el recurso de reposición interpuesto por el ejecutante contra el citado auto de 25 de mayo.

a quo no se pronunció claramente en cuanto a su valoración. Incluso alegó la referida parte que no se formuló oposición alguna al dictamen sobre Derecho extranjero presentado (F.D. 7, aptdo. 1). Queremos indicar con esto que quizás pudiéramos estar ante uno de esos casos donde, la diligente actuación de la parte obligada a la prueba del Derecho extranjero hubiera requerido de cierta “colaboración” por parte del juez si no se entendió por éste plenamente acreditado aquél. En cualquier caso, entendemos que el artículo 33.3 LCJIMC, sobre el que se fundamenta la solución, en modo alguno conduce en casos como el presente a la aplicación directa del Derecho español.

¹¹¹ ECLI: ES:APLU:2021:213.

¹¹² En tal sentido se invoca que en el Preámbulo (V) LCJIMC se establece que: «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».

¹¹³ ECLI: ES:APA:2021:1052.

¹¹⁴ A mayor abundamiento, la Sala añadió que no era de aplicación al caso para determinar la Ley aplicable el artículo 10.5 CC, sino el artículo 10.9 CC, lo cual daba lugar a la aplicación de la Ley española, por lo que, en cualquier caso, el litigio debía de resolverse con arreglo al Derecho material español. Y en el mismo sentido, resolviendo un asunto muy similar, *vid.* sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 16 de junio de 2021 (ECLI:ES:APA:2021:1243; F.D. 3).

¹¹⁵ ECLI: ES:JPI:2018:6A.

¹¹⁶ ECLI: ES:JPI:2018:9A (F.D. 2, *in fine*).

C) Resoluciones que, sin citar el artículo 33.3 LCJIMC, desestiman las pretensiones.

80. Encontramos también algunas resoluciones de audiencias provinciales donde, ante la falta de prueba del Derecho extranjero, se desestiman las pretensiones de las partes, bien del actor, bien del demandado; pero ello sin referencia alguna al artículo 33.3 LCJIMC.

81. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de febrero de 2018¹¹⁷, en un litigio en el marco de un concurso entre una sociedad española y otra coreana, donde la apelante invocaba la aplicación del Derecho coreano a un contrato de agencia, se acuerda por la Audiencia desestimar la pretensión del recurrente dado que no fue probado tal Derecho, y ello atendiendo al artículo 281.2 LEC, sin mención alguna al artículo 33.3 LCJIMC. En dicha sentencia, se acuerda por la Audiencia desestimar la pretensión del recurrente dado que no fue probado tal Derecho. Y señala la Audiencia que el Derecho extranjero ha de ser objeto de prueba conforme el artículo 281.2 LEC; sin embargo, la parte recurrente no había desplegado actividad probatoria alguna dirigida a tal fin, limitándose a manifestar que quien pretendiese negar validez o eficacia al contrato en cuestión debía acudir al arbitraje a Corea conforme el Derecho coreano a impugnarlo¹¹⁸.

82. En el auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 10 de mayo de 2018¹¹⁹, en un caso de constitución de una tutela sobre una menor de Marruecos, y siendo de aplicación del Derecho marroquí, se acude directamente al artículo 281.2 LEC para dar solución a la cuestión relativa a su falta de prueba, obviando cualquier referencia al artículo 33.3 LCJIMC. Siendo aplicable el Derecho marroquí a la constitución de una adopción ex artículo 9 CC, ante la falta de prueba de tal Derecho, la Audiencia avaló el criterio del juez *a quo*, denegando la constitución de la tutela porque “no se ha acreditado cuál es la Ley marroquí que se aplica en la materia”. Y ello pese a que la parte apelante mantenía que siendo aplicable al caso el Código de Familia marroquí -o “Moudawana”-, procedería en todo caso su aplicación de oficio en virtud del principio *iura novit curia*, algo a lo que la Audiencia señaló no haber lugar¹²⁰.

83. La sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 12 de julio de 2019¹²¹, abordó un supuesto relativo a una acción de estado civil de filiación, donde, el objeto del recurso de apelación se limitaba a determinar los efectos jurídicos que tal declaración biológica -declarada en la instancia- debería tener a efectos de la filiación. En el recurso se sostenía que, según el Derecho británico¹²², propiamente nunca se produjo una adopción sino sólo un prohijamiento, y, según dicho ordenamiento, la adopción crea un estado civil de filiación y, sin embargo, el prohijamiento no. Para la Audiencia, a tenor del artículo 281.2 LEC estaríamos ante un caso de prueba del Derecho extranjero, prueba que corresponde en todo caso a la parte que lo invoca, y no al Tribunal. Al no acreditarse el Derecho extranjero, la Audiencia lo que concluyó que procedía era la desestimación de la pretensión del recurrente, debiéndose estar a lo que traslucían los documentos aportados que revelaban la existencia de un estado de filiación, en principio, contradictorio con el que se pretendía constituir a fin de que produjera plenos efectos jurídicos la paternidad biológica declarada¹²³.

¹¹⁷ ECLI: ES:APV:2018:1225.

¹¹⁸ Y de manera implícita, ante la falta de prueba del Derecho coreano, la Audiencia Provincial de Valencia desestimó la pretensión de la parte apelante de aplicación de tal Derecho al contrato de agencia (F.D. 4, pfo. 5).

¹¹⁹ ECLI: ES:APML:2018:75A.

¹²⁰ Y ello teniendo en cuenta que la referencia a la “Mudawana” contenida en la resolución que se recurría no fue invocada con la intención de dar por acreditado cuál era el Derecho que regía la materia, sino para discernir entre el distinto régimen a tener en cuenta según se tratase de la norma sustantiva a aplicar o del proceso a seguir (F.D. 3, pfo. 1).

¹²¹ ECLI: ES:APP:2019:334.

¹²² Ha de aclararse que el término *Derecho inglés* se refiere al sistema legal vigente en territorio de Inglaterra y Gales, no abarcando a todo el ordenamiento que rige en las Islas Británicas. Al margen del Derecho inglés confluyen en dicho territorio diversos sistemas legales: así, el derecho escocés, el de Jersey -muy influenciado por el *civil law*- o el de la Isla de Man (*vid.* D. HAYTON, *European Succession Law*, Jordans, Bristol, 1988, pp. 65-66). Por lo tanto, hemos de denunciar como una incorrección terminológica el hecho de que, como ocurre en la sentencia que ahora comentamos (F.D. 2, pfo. 9), se haga referencia al “Derecho británico” o, en similares términos, a la “Ley británica”.

¹²³ En contraposición, conviene aquí recordar que, como hemos visto, la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia

84. En el auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 3 de marzo de 2019 se trató un asunto derivado de una solicitud de medidas cautelares urgentes previas a una demanda de divorcio¹²⁴. En tal caso la apelante, para fundamentar solicitud, entre otras razones esgrimía que la existencia previa de un procedimiento de exequátur en relación a una sentencia de divorcio pronunciada por una autoridad jordana -motivo principal de la denegación por el juez de las medidas solicitadas ex art. 39.3 LCJIMC-, no procedía dado que la legislación jordana “es vejatoria para la mujer”. Pues bien, la Audiencia sentenció que las características del Derecho extranjero no habían sido objeto de acreditación probatoria alguna tal como exige el artículo 281.2 LEC, lo que le impedía emitir pronunciamiento al respecto, habiéndose de estar al resultado del proceso de exequátur¹²⁵.

85. Por último, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 20 de mayo de 2021 abordó la cuestión de la Ley aplicable a la sucesión de una nacional suiza¹²⁶. Plateándose por el apelado la aplicación del Derecho suizo, el Tribunal recordó que el Derecho extranjero no queda cubierto por el principio *iura novit curia*, sino que se ha de acreditar como sucede con los hechos, por lo que la parte que lo invoca ha de probarlo (art. 217 LEC). Y si se mantenía que la legislación suiza no concede validez a un testamento otorgado en el extranjero, en general, o en España, en particular, correspondía a los demandados probarlo, lo que no hicieron en modo alguno, por lo que su alegación al respecto carecía de fundamento, razón por la cual fueron desestimadas sus pretensiones respecto a sus posibles derechos en la sucesión.

D) Resoluciones que, atendiendo al artículo 33.3 LCJIMC, desestiman las pretensiones

86. También encontramos una resolución donde, en el marco de un proceso de medidas cautelares, no habiéndose probado el Derecho extranjero, en lugar de aplicar supletoriamente el Derecho español, procede a la desestimación de las pretensiones de las partes que tenían la obligación de la prueba, y ello atendiendo a la regulación contenida en la LCJIMC. En concreto nos referimos al Auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 15 de octubre de 2019, donde se trató sobre una solicitud de medida cautelar para que se reconociera al demandante la nacionalidad española con valor de simple presunción¹²⁷. En el caso se planteó la aplicación del Derecho uruguayo, en concreto Ley 16.021, hoy modificada por la Ley 19.362. Pues bien, no habiéndose incorporado por la parte recurrente elemento alguno del que pudiera desprenderse las dudas que en el país de origen hubiera podido generar la aplicación de la referida Ley 16.021, partiendo del contenido de sus normas, de la naturaleza cautelar de este procedimiento y, atendiendo al contenido del artículo 33 LCJIMC, “debe denegarse la adopción de las medidas que se solicitan”.

E) Resoluciones que, sin citar de artículo 33.3 LCJIMC, aplican de oficio el Derecho extranjero

87. Son varias las resoluciones de distintas audiencias provinciales donde el tribunal procede a aplicar de oficio el Derecho español, o al menos a su toma en consideración, si bien no se hace en ellas referencia alguna al artículo 33.3 LCJIMC. Veamos.

de 30 de septiembre de 2019, declaró que la falta de prueba del Derecho extranjero no puede determinar el rechazo automático de una concreta pretensión.

¹²⁴ ECLI: ES:APVI:2019:663A.

¹²⁵ Es muy interesante la frase final del auto cuando se indica que “no corresponde la prueba de oficio del Derecho jordano porque en este procedimiento no existe norma de conflicto que determine la aplicación del Derecho sustantivo jordano para la resolución de la controversia, a diferencia del caso de la STS 238/2011 de 1 de abril” (ECLI:ES:TS:2011:1805). En decir, en sentido contrario la Sala está dando a entender que es posible encontrarnos con supuestos en los que sí proceda de oficio la prueba del Derecho extranjero, pero ello acontecerá, en todo caso, en el marco de la remisión a un Derecho extranjero a través de una norma de conflicto.

¹²⁶ ECLI: ES:APTO:2021:1001.

¹²⁷ ECLI: ES:APIB:2019:343A.

88. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 15 de febrero de 2018¹²⁸, procedía aplicar el Derecho inglés, ex artículo 9.2 CC, en un procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales. En primera instancia no se acreditó el Derecho inglés y el juez *a quo* aplicó directamente el Derecho español. Sin embargo, la Audiencia Provincial, invocando el artículo 281 LEC y sin mencionar el artículo 33.3 LCJIMC, determina que, en uso de la facultad-obligación contenida en dicho precepto, ha acudido a la Web oficial del CGPJ, que contiene la normativa del Derecho Extranjero de Familia y Sucesiones en Europa y ha constatado que en la Ley británica no existe una sociedad económica matrimonial¹²⁹, de tal modo que contraído el matrimonio se sigue un sistema de separación de bienes. Y, por lo tanto, y de acuerdo con el Derecho inglés, se concluyó que el matrimonio carecía de régimen económico matrimonial específico, con los efectos atinentes a tal circunstancia.

89. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 18 de octubre de 2018¹³⁰, en el marco del posible reconocimiento de una resolución marroquí en la que se establecía una *Kafala* sobre un menor, la Audiencia estableció que “por los conocimientos propios de este Tribunal, el artículo 17 de la Ley 15/2001 de Marruecos sobre guarda de menores abandonados establece que esa decisión judicial será susceptible de apelación, no obstante ser ejecutable provisionalmente” (F.D. 4, *in fine*). Se trata de una resolución a destacar, donde un tribunal español -de manera encomiable- aplica de oficio, por conocimiento propio, un Derecho extranjero, si bien hemos de señalar que, al no encontrarnos específicamente en un supuesto de prueba del Derecho extranjero, ni siquiera se planteó la posible aplicación del artículo 33.3 LCJIMC.

90. Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 11 de febrero de 2020¹³¹, donde se debatía sobre la aplicación del Derecho alemán en un caso relativo a una herencia sobre un bien inmueble sito en España y con vínculos personales en Alemania, ante la duda planteada en la segunda instancia sobre la prueba del referido Derecho, la Audiencia señaló que no era óbice para la estimación del recurso el hecho de la necesidad de la carga de demostración del Derecho extranjero por parte de quien lo invocaba, porque el alegado, con cita y consignación de los preceptos del Código Civil alemán (*BGB*), que consideraba aplicables al caso, no habían sido contradichos de adverso. Pero lo que queremos resaltar ahora es el hecho de que la Audiencia pusiese de manifiesto que, además de ser objeto de prueba en lo que respecta a su contenido y vigencia, “el Tribunal puede valerse de cuantos medios de averiguación y prueba estime necesarios para su aplicación ex artículo 281.2 LEC”.

91. Particular es el supuesto abordado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de septiembre de 2021¹³². En el mismo, el debate principal versó sobre el carácter de *ius cogens* del artículo 12.6 CC y sobre cómo, en su atención, el Tribunal debe resolver conforme al Derecho extranjero (en el caso, el marroquí), aunque éste no haya sido alegado por las partes (que plantean el asunto como si no existiera elemento internacional), cuando de los elementos incorporados a las actuaciones se deduzca la necesidad de aplicación de un Derecho extranjero. En el caso, tratándose de la liquidación del régimen económico matrimonial de un matrimonio marroquí, las partes alegaron regirse por el régimen de sociedad de gananciales cuando, en opinión de la Audiencia, debía aplicarse el Derecho marroquí atendiendo a lo dispuesto en el artículo 9.2 CC. No se trataba, por lo tanto, de aplicar el Derecho español ante la falta de prueba del Derecho extranjero, conforme al artículo 33 LCJIMC, sino que fallaba el presupuesto previo, esto es, la determinación del régimen económico-matrimonial, lo cual impedía la tramitación de un procedimiento para la formación de inventario de una sociedad de gananciales que no existía¹³³.

¹²⁸ ECLI: ES:APV:2018:480.

¹²⁹ Nos encontramos aquí de nuevo la incorrección terminológica de referirse a la “Ley británica” en lugar de al Derecho inglés (F.D.4, *in fine*; *vid.* nota 122).

¹³⁰ ECLI: ES:APCE:2018:271A.

¹³¹ ECLI: ES:APGI:2020:255.

¹³² ECLI: ES:APM:2021:9947.

¹³³ Por lo que de manera acertada la Audiencia concluyó que debía decretarse la nulidad de lo actuado al momento de ad-

92. Pero lo interesante de esta última resolución desde la perspectiva que abordamos, es que, en dicho caso, la Audiencia “de oficio” había determinado previamente que era claro que los cónyuges no estaban sujetos al régimen económico matrimonial de gananciales, como sin plantearse expresamente, se pretendía en el procedimiento del que el recurso de apelación traía causa. Esto es, se daba por supuesto la existencia de tal régimen económico matrimonial, lo que resultaba imposible, ya que en los países de Derecho islámico se sigue un sistema radical de separación de bienes. En efecto, el Tribunal indicó que, “(...) en cuanto a la gestión y administración de los bienes, el Derecho musulmán desconoce la comunidad conyugal, al consagrar la separación absoluta de bienes. Y así lo confirma el artículo 49 del Código de Familia Marroquí según el cual los dos esposos disponen cada uno de un patrimonio privativo, aunque ambos se pueden poner de acuerdo sobre los frutos y división de los bienes que hayan adquirido durante su matrimonio” (F.D. 2, *in fine*). En definitiva, la Audiencia tomó en consideración de oficio el Derecho marroquí para concluir que, en atención al mismo, no era posible que los cónyuges estuviesen sometidos al régimen económico-matrimonial de la sociedad de gananciales, tal como había sido planteado en la demanda.

F) Resoluciones que, con referencia al artículo 33.3 LCJIMC, aplican de oficio el Derecho extranjero

93. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de diciembre de 2019¹³⁴, procedía la aplicación del Derecho polaco para determinar la posible prescripción de una reclamación relativa a una pensión de alimento. La audiencia declaró que, sin perjuicio del principio de alegación y prueba del Derecho extranjero por las partes que establece nuestro sistema jurídico (arts. 217, 281.2 y 282 de la LEC y 33 de la LCJIMC), y como recordaba el TS en su sentencia 56/2019, de 15 de enero, “el juez debe aplicar el Derecho extranjero si es que lo conoce”, principio que ha primar en aquellos procesos especiales integrados en el Título I del Libro IV LEC.

94. Pues bien, en relación a la institución de la prescripción, y a falta de prueba por la parte obligada del plazo de prescripción establecido en la legislación polaca, el Tribunal destacó que, en este caso ha tenido acceso la propia Audiencia a la legislación polaca a través de la Web del Consejo General del Poder Judicial, y ésta resuelve en el mismo sentido que lo hace el ordenamiento español. En efecto, el art. 137, apartado 1 del Código de Familia y Tutela de Polonia, establece que el pago de la pensión alimenticia está sujeto a un plazo de prescripción de tres años, si bien el 121, aptdo. 1, del Código Civil de ese mismo país estipula que el plazo de prescripción no comienza a correr y, si ha comenzado a correr se suspende, en caso de demanda del hijo contra los progenitores durante el transcurso del ejercicio de la responsabilidad parental.

95. Por lo tanto, hemos de destacar en el presente supuesto, como un hecho ciertamente positivo, la aplicación de oficio del Derecho extranjero por parte del Tribunal, y ello haciendo referencia, entre otros, al artículo 33 LCJIMC, si bien para valorar en sus justos términos la actuación del órgano jurisdiccional habría de tenerse en cuenta el tipo de procedimiento de que se trataba¹³⁵.

misión de la demanda; momento en el que debería haberse subsanado la misma para acreditarse si lo pretendido se ajustaba al régimen económico-matrimonial existente conforme al Derecho resultante de la norma de conflicto aplicable al caso.

¹³⁴ ECLI: ES:2019:APB:11724A.

¹³⁵ En efecto, según dispone el art. 752 LEC, en este tipo de procesos del Título I del Libro IV LEC, y en particular en todo lo referente a los menores de edad, el tribunal podrá decretar “de oficio” cuantas pruebas estime pertinentes. En este sentido, la sentencia posterior de la Audiencia Provincial de Tenerife de 16 de julio de 2020, en un caso de Ley aplicable a un contrato de multipropiedad, indicó: “este Tribunal entiende que, al no tratarse de un proceso especial por la materia o de orden público no cabe aplicación de oficio del Derecho extranjero, en seguimiento literal del art. 281 LEC” (ECLI: ES:APTF:2020:1229; F.D. 3, pfo. 1). Por ello, no podemos extraer conclusiones más generales de esta sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sin alcanzar a saber qué hubiera sucedido si no hubiésemos estado ante un proceso “especial”, si bien a nuestro entender, como ya hemos indicado, la aplicación de oficio del Derecho extranjero, concurriendo, determinadas circunstancias -principalmente atendiendo a la actitud de las partes en aras a la prueba o, en sentido más preciso, la colaboración del juez en aras a la prueba -, puede proceder ex artículo 33.3 LCJIMC en cualquier tipo de procedimiento.

2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo

96. Expuesto en el apartado anterior la posición actual de la jurisprudencia menor, donde hemos visto que, mayoritariamente se decanta por seguir aplicando de manera casi automática el Derecho español con carácter sustitutorio -citando o sin citar al art. 33.3 LCJIMC-, vamos a analizar a continuación qué postura ha adoptado hasta la fecha nuestro Tribunal Supremo en torno a esta discutida y compleja materia.

97. Y veremos que, una vez entrada en vigor la LCJIMC, contamos con varias sentencias del Tribunal Supremo que, directa o indirectamente han abordado la cuestión regulada en el artículo 33.3 LCJIMC, si bien, desgraciadamente hasta el día de escribir estas líneas no nos encontramos con una resolución que contenga una completa interpretación de fondo del precepto. Sin embargo, ello no es óbice para que contemos con alguna resolución de indudable interés, en particular la sentencia de 3 de abril de 2018, que pasamos a analizar.

A) La importante sentencia de 3 de abril de 2018

98. Hasta la fecha, la sentencia del Tribunal Supremo más relevante en torno al tema que tratamos ha sido, con diferencia, la de 3 de abril de 2018¹³⁶; en ella se trató sobre la aplicación, y los posibles efectos en caso de falta de prueba, del Derecho colombiano a un supuesto de liquidación de un régimen económico matrimonial. En el caso no se discutió por las partes que ambos cónyuges, de nacionalidad colombiana, residían en Colombia cuando contrajeron matrimonio, años antes de venir a instalarse a España. Por ello, ex artículo 9.2 CC, resultaba indudable que la Ley aplicable a los efectos patrimoniales de los cónyuges era la Ley colombiana.

99. A pesar de ello, la sentencia recurrida había aplicado el Derecho español porque se consideró que, al no haber quedado acreditado el pago por tercero del precio de un premio de lotería (elemento clave del origen del litigio), no procedía la aplicación del artículo 1782 CC colombiano, que atribuye al donatario los bienes que adquiera por donación, sino que entendió que procedía aplicar el Derecho español, que atribuye carácter ganancial a los premios obtenidos en el juego. Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que este razonamiento para acabar aplicando el Derecho español no era en modo alguno correcto. En efecto, las partes en el caso no habían discutido acerca del contenido o de la vigencia de las normas del Derecho colombiano que cada una de ellas había alegado e invocado a su favor, bien de manera principal, bien de manera acumulada, bien de manera subsidiaria respecto de la cita de normas del Derecho español. Y a ello habría que añadir que la aplicación que del Derecho extranjero debía hacer el tribunal español venía facilitada por la sencilla comprobación que de la existencia y contenido de las normas colombianas invocadas por las partes podía llevarse a cabo¹³⁷, sin perjuicio del principio de alegación y prueba del Derecho extranjero por las partes que establece nuestro sistema jurídico (en referencia a los arts. 281.2, 282 LEC y art. 33 LCJIMC).

100. Por ello para el Tribunal Supremo realmente no se planteó en el presente caso un problema relativo a la prueba del Derecho extranjero, ni la oportunidad de que el tribunal supliese su prueba. Además, añadió el Tribunal que, dadas las alegaciones y argumentaciones de las partes, la resolución del recurso conforme al Derecho extranjero no daba lugar a incongruencia (art. 218 LEC) y, por el contrario,

¹³⁶ ECLI: ES:TS:2018:1228. Un comentario a la misma puede verse en P. GONZÁLEZ GRANDA, “Algunas divergencias recientes frente a la doctrina jurisprudencial dominante en materia de aplicación del derecho extranjero (en particular en materia de familia)”, *cit.* pp. 11-13.

¹³⁷ Al respecto indica Tribunal Supremo que se podría realizar mediante una simple consulta de la página Web oficial del Gobierno colombiano o de la página Web del Consejo General del Poder Judicial. Esta afirmación viene a validar la reciente tendencia apuntada a la consideración de las páginas Webs oficiales como válido medio de prueba del Derecho extranjero (F.D. 4, punto 1, pfo. 5).

la aplicación al caso del Derecho español, que según el art. 33.3 LCJIMC debe hacerse solo con carácter “excepcional”, resultaba a todas luces incorrecta, pues ello sólo procedería cuando no hubiera podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero.

101. Pues bien, esta última afirmación, que es dictada a mayor abundamiento -y en un recurso donde realmente, como hemos indicado, no se planteaba la prueba del Derecho extranjero-, viene sin duda a resultar la más relevante de la resolución del Tribunal Supremo en relación al asunto que nos ocupa, máxime teniendo en cuenta que el entrecomillado de la excepcionalidad es cosecha del propio Tribunal. Y ello no significa otra cosa sino que la aplicación sustitutoria del Derecho español en caso de falta de prueba del Derecho extranjero, no debe ser la norma general a seguir, sino que realmente debe tratarse como algo excepcional, esto es, lo normal debería ser la aplicación del Derecho extranjero al cual nos conduce la norma de conflicto. Por lo tanto, ya no establece esta solución sólo el artículo 33.3 LCJIMC -a pesar de que, según hemos visto, muchas Audiencias Provinciales no parecen enterarse-, sino que también es una característica básica del artículo 33.3 LCJIMC resaltada, aunque sea a modo de *obiter dicta*, pero con relevante énfasis, por el propio Tribunal Supremo.

B) El resto, nada nuevo bajo el sol

102. Aparte de en la sentencia referida de 3 de abril de 2018, no ha habido otro pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo posterior a la entrada en vigor de la LCJIMC, donde se haya hecho una referencia tan clara y categórica en referencia a su artículo 33.3.

103. Así, en la sentencia de 20 de julio de 2021¹³⁸, aunque se trataba de un supuesto en relación a una demanda anterior a la promulgación de la LCJIMC, el Tribunal indicó que “no es ocioso tomarla en consideración, aunque solo sea a efectos interpretativos”¹³⁹. Se trató de un procedimiento donde se sustanció la posible nulidad de determinadas cláusulas de los “Términos generales y condiciones de Transporte” de los contratos de *Ryanair*. En el recurso extraordinario por infracción procesal de la compañía irlandesa se invocó infracción del artículo 33.3 LCJIMC con relación al artículo 281.2 LEC, en la decisión de acudir al Derecho Español por presunta falta de prueba del Derecho Irlandés. Por su parte, entre los motivos del recurso de casación, también de alegó infracción de los artículos 33.1 y 33.3 LCJIMC, con relación al artículo 281.2 LEC, por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de alegación y prueba del Derecho extranjero (invocando al efecto las sentencias del Tribunal Supremo núm. 528/2014, de 14 de octubre; núm.198/2015, de 17 de abril; núm. 287/2015, de 20 de mayo; ATS de 22.3.2017, Rec. Casación 1399/2016, entre otras).

104. Pues bien, respecto al recurso extraordinario por infracción procesal, volvió a declarar el Tribunal Supremo que la consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero no es la desestimación de la demanda, o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, “sino la aplicación del Derecho español”. Y, en la medida que el recurso de casación reproducía los argumentos del primer motivo del recurso por infracción procesal, la respuesta al mismo fue idéntica. En concreto, en el caso la cuestión no era si la Audiencia Provincial había agotado o no sus facultades de averiguación del Derecho extranjero, sobre lo que no hay un determinado estándar de actuación, sino si la valoración jurídica que realizó, una vez investigado el contenido de ese Derecho extranjero, era correcta o no. Por lo tanto, en la presente sentencia del Tribunal Supremo, frente a lo que aconteció en la anterior comentada de 3 de abril de 2018, el Tribunal no realizó alusión alguna al carácter excepcional de la aplicación sustitutoria del Derecho español en caso de falta de prueba del Derecho extranjero aplicable. Digamos que se mantuvo en su cómoda posición tradicional, sin entrar en profundidades, quizás porque el objeto del recurso de casación tampoco daba lugar a ello.

¹³⁸ ECLI: ES:TS:2021:3073.

¹³⁹ *Vid.* nota 73.

105. Y en muy parecidos términos se pronunció el Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de julio de 2021¹⁴⁰. En ella se trató sobre la aplicación del Derecho chino a la resolución de un contrato de compraventa de participaciones sociales. Como motivos del recurso de casación se invocaron infracción de los artículos 10.5, 12.1 y 6.2 del Código civil en relación con el artículo 94 de la Ley de contratos de la República Popular China, por aplicación indebida de la legislación de Hong Kong. Pues bien, respecto a la alegación y prueba del Derecho extranjero el Tribunal Supremo reitera que el artículo 281.2 LEC establece la necesidad de que el Derecho extranjero sea probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, y, en relación con la interpretación de este precepto, se vuelve a remitir a lo declarado en la sentencia 198/2015, de 20 de mayo (F.D. 6). En concreto dicha sentencia fijó al respecto que la consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero no es la desestimación de la demanda, o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, “sino la aplicación del Derecho español”¹⁴¹. Por ello, los documentos e informes aportados por las partes en el procedimiento sobre el Derecho chino podrían haber sido tenidos en cuenta por el tribunal en los términos expuestos; pero la práctica de la correspondiente prueba se realizó en la instancia, y en sede casacional solo correspondía revisar si la aplicación o inaplicación realizada por la Audiencia Provincial había sido correcta, lo cual, además, no se discutió¹⁴².

106. Al margen de las dos sentencias referidas, también el Tribunal Supremo, siquiera tangencialmente, se ha pronunciado con posterioridad a la entrada en vigor de la LCJIMC sobre la cuestión de la prueba del Derecho extranjero en otros dos autos de inadmisión de sendos recursos de casación. Lamentablemente, y como si no existiera en nuestro sistema de prueba del Derecho extranjero, en ninguno de ellos se hizo referencia alguna al artículo 33 LCJIMC¹⁴³.

107. Así, mediante auto de 26 de febrero de 2020 se inadmitió un recurso de casación en relación a un asunto donde se había aplicado el Derecho alemán¹⁴⁴. En concreto, en un litigio sucesorio se había aplicado por el juez el artículo 1933, pfo. primero, primera frase, del *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* que dispone que el derecho a heredar del cónyuge sobreviviente está excluido si en el momento de la muerte del difunto se daban las condiciones de divorcio y el fallecido pidió el divorcio o se había dado, circunstancia que se había acreditado que acontecía en el caso. Pues bien, la parte recurrente interpuso recurso de casación por existencia de interés casacional por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, en concreto por incorrecta aplicación del Derecho extranjero regulador del fondo del litigio (Ley alemana), y como resultado de lo anterior, infracción de lo dispuesto en el artículo 281 LEC y en el artículo 24 CE en relación con el artículo 33 CE, así como por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo¹⁴⁵. Planteado el recurso en esos términos, el Tribunal Supremo lo inadmitió, entre otras razones, por pretenderse en el recurso una nueva prueba exhaustiva del Derecho extranjero, cuando la sentencia recurrida estableció que estaba acreditado que la demandante recurrente no tenía derecho en la sucesión de su esposo atendiendo al contenido, acreditado, del

¹⁴⁰ ECLI:ES:TS:2021:3188.

¹⁴¹ Remarcándose que así lo ha declarado dicha Sala en reiteradas sentencias y el Tribunal Constitucional en su sentencia 155/2001, de 2 de julio, como exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva que establece el artículo 24 de la Constitución.

¹⁴² Ya el auto del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2018, con la LCJIMC en vigor, había avalado la aplicación del Derecho español ante la falta de prueba del Derecho búlgaro. El auto en cuestión inadmitió por inexistencia de interés casacional por falta de respeto a la valoración de la prueba relativa al Derecho búlgaro efectuada en la sentencia recurrida (ECLI:ES:TS:2018:4727A).

¹⁴³ También en la sentencia de 15 de enero de 2019, donde se abordó la Ley aplicable a la sucesión de un británico residente en España, el Tribunal Supremo se refirió al artículo 33 LCJIMC, pero sólo para señalar que dicha norma integra nuestro sistema de alegación y prueba del Derecho extranjero (ECLI:ES:TS:2019:56; F.D. 3, 1); una evidencia que, a la vista de las resoluciones de las audiencias provinciales, no está de más recordar.

¹⁴⁴ ECLI:ES:TS:2020:1961A.

¹⁴⁵ Concretamente invocó las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2006 y de 25 de enero de 1999, que establecieron cómo el Derecho extranjero debe probarse de un modo exhaustivo.

artículo 1933 *BGB*. Por lo tanto, el Tribunal Supremo no tuvo que pronunciarse sobre la falta de prueba del Derecho extranjero, porque éste había sido correctamente probado¹⁴⁶.

108. Por su parte, mediante auto de 19 de mayo de 2021, el Tribunal Supremo volvió a inadmitir a trámite un recurso por infracción procesal junto a un recurso de casación interpuesto en este caso por la no aplicación del Derecho marroquí a la resolución de un litigio en materia comercial¹⁴⁷. El recurso no se admitió, por un lado, porque dicha pretensión, reiterada en el acto del juicio, si bien fue omitida en la sentencia de primera instancia, no es cierto que fuera en el recurso de apelación cuando por vez primera se sostuviera la aplicación del Derecho marroquí¹⁴⁸; y, por otro, porque al plantearse en casación la inaplicación de la Ley marroquí¹⁴⁹, se trataba de privar de validez a la fundamentación jurídica de la sentencia ajustada al Derecho español indebidamente aplicado y se planteaban así cuestiones nuevas, algo no admitido por el artículo 483.2.4.º LEC.

VI. Conclusiones

109. A la vista de lo expuesto hemos de concluir que, hasta la fecha, la jurisprudencia existente en torno al artículo 33.3 LCJIMC no nos hace ser muy optimistas en cuanto al desarrollo del precepto atendiendo a la filosofía que a nuestro entender trasluce en su interior. Las audiencias provinciales, de una manera abrumadora, siguen aplicando con automaticidad el Derecho español ante la falta de prueba del Derecho extranjero, y en una gran mayoría de ocasiones sin hacer ni siquiera referencia alguna al artículo 33.3 LCJIMC, lo cual es ciertamente preocupante dado que el mismo se encuentra en vigor desde el 20 de agosto de 2015. Lamentablemente, salvo encomiables excepciones, como la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de diciembre de 2019, se sigue acudiendo a la comodidad de aplicar el Derecho patrio sin más ante la falta de prueba extranjera, algo que entendemos está fuera de lugar atendiendo a la regulación contenida en el precepto en cuestión.

110. Y, con este panorama, los operadores jurídicos saben a qué carta pueden jugar en cada caso según el derecho que más les convenga: bien planteando la demanda obviando la internacionalidad del supuesto (confiando en el que el tribunal no entrará en valorar el art. 12.6 CC) o bien dejando de probar el Derecho extranjero aplicable con la esperanza de que el tribunal aplicará finalmente el Derecho español. Un ejemplo puede resultar ilustrativo: un matrimonio venezolano residente en España se separa de hecho, el marido regresa a Venezuela y, en tal situación, transcurrido más de un año, la esposa presenta demanda de divorcio ante los tribunales españoles, que son competentes ex artículo 3 del Reglamento 2201/2003. En teoría dicho divorcio, a tenor del artículo 8, c) del Reglamento 1259/2010, deberá regirse por el Derecho venezolano. Pero la actora sabe que el Derecho venezolano, aparte de que habría de acreditarlo, exige una separación de hecho por más de cinco años para que proceda la solicitud de divorcio (art. 185A del Código civil de Venezuela), requisito que todavía no se cumple. Pues bien, en esta situación puede interesar a la solicitante del divorcio plantear el procedimiento como si de un litigio puramente interno se tratara, a ver “si cuela”, o, si invoca la aplicación del Derecho venezolano -que es el teóricamente aplicable-, no realizar esfuerzo alguno en aras a probarlo, y acogerse a la mayoritaria

¹⁴⁶ Por las mismas razones, porque lo que se pretendía era una nueva valoración de la prueba practicada, el auto del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2018 también inadmite un recurso de casación en un litigio que versaba sobre la prueba del Derecho armenio (ECLI: ES:TS:2018:13621A).

¹⁴⁷ ECLI:ES:TS:2021:6440A.

¹⁴⁸ Para el Tribunal Supremo el recurrente obviaba que es la parte la que debía alegar y acreditar la vigencia y contenido del Derecho extranjero cuya aplicación solicitaba, no bastando con la mera alegación realizada en el escrito de contestación. Si la sentencia de primera instancia había aplicado el Derecho español sin desestimar la invocación del Derecho extranjero y sin declarar la falta alguna de prueba del Derecho marroquí, esto es, omitiendo todo pronunciamiento al respecto, la parte ahora recurrente debió haber solicitado su aclaración o complemento y, sin embargo, no lo hizo, siendo extemporáneo realizarlo al formular el recurso de apelación.

¹⁴⁹ En concreto, los artículos 1134 y 1136 del Código de Obligaciones y Contratos de Marruecos.

doctrina de nuestras audiencias provinciales para que se proceda directamente a la aplicación del Derecho español, con el consiguiente resultado favorable a sus intereses.

111. Para evitar estas artimañas, que se ven en la práctica con frecuencia, debe partirse de que la premisa valorativa principal del régimen jurídico de la prueba del Derecho extranjero se contiene en el artículo 12.6 CC. Este precepto reviste una importancia radical a la hora de perfilar la alegación y prueba del Derecho extranjero porque indica que las normas de conflicto son imperativas. En consecuencia, las partes no pueden prescindir de lo que resulta de las normas de conflicto y “pactar” su no aplicación cuando estas conduzcan a la aplicación de un Derecho extranjero. Cuando la norma de conflicto española ordena aplicar un Derecho extranjero, será éste y no otro el Derecho que debe regular la situación. Esta premisa valorativa ha de condicionar todo el régimen de la alegación y prueba del Derecho extranjero en el sistema español. Es decir, la excepcionalidad a la que alude el artículo 33.3 LCJIMC debe interpretarse en el sentido que el respeto a la imperatividad de las normas de conflicto impide excluirlas con la aplicación del Derecho español a la mínima oportunidad, lo que de hecho implica dejar la aplicación de las normas de conflicto a la libre voluntad de las partes.

112. Realmente el artículo 33.3 LCJIMC alude únicamente a los supuestos en los que “con carácter excepcional, no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero”. Ello ha de significar que las partes han debido intentar -diligentemente- la prueba de tal Derecho, que el tribunal, en su caso, ha colaborado cumpliendo con su deber y que, aun así, ha resultado materialmente imposible la prueba. Se debe tratar por lo tanto de supuestos realmente excepcionales, extremos, y es quizás en este ámbito en el que la jurisprudencia del Tribunal Supremo debería profundizar en cuanto tenga ocasión para aclarar lo que realmente significa aplicar el Derecho español sólo en casos “excepcionales” en el marco del artículo 33.3 LCJIMC.

113. Ante una falta de prueba del Derecho extranjero por una clara negligencia de la parte que debe acreditarlo, la opción de aplicar el Derecho español conlleva un flagrante incumplimiento del mandato del artículo 12.6 CC. Y si a requerimiento del tribunal para que, ex artículo 231 LEC, se aporte prueba suficiente y se subsane el defecto en que se incurre, la parte continúa pasiva, evidenciando una actitud de mala fe, entonces, llegados a este extremo, creemos que no se debería descartar la desestimación, debidamente fundamentada, de la demanda. Es más, entendemos que es lo que procedería en tales supuestos.

114. Ante esta situación hemos de señalar que la inaplicación del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto debido a su falta de prueba tergiversa los objetivos de las normas de conflicto elaboradas en la Unión Europea, por inaplicación del Derecho estatal al que tales normas de conflicto conducen. Efectivamente, en el ámbito europeo una actitud poco definida por parte del legislador español, como acontece con el artículo 33.3 LCJIMC, acompañada por un actuar pasivo y puramente acomodaticio de los tribunales españoles, puede poner en cierto riesgo la misma existencia del espacio judicial europeo. No debe olvidarse que las normas de conflicto elaboradas por la Unión Europea, cada día más numerosas, solo son realmente efectivas si se garantiza la aplicación del Derecho extranjero designado por tales normas. En caso contrario, la armonía internacional de soluciones y, en particular, la eliminación del *forum shopping* (objetivos básicos buscados con dichas normas), se terminará desvaneciendo como azúcar en el café, e implicaría un retroceso a los años setenta, que no creo que sea lo querido por el legislador.

115. Si las partes no invocan el Derecho extranjero o manifiestan una total pasividad en cuanto a su prueba, quizás, en principio, el juez no debería desestimar la pretensión, sino tomar la iniciativa en la obtención de dicha acreditación. Si las partes tienen derecho a invocar y probar el Derecho extranjero, y han de tener en todo caso la posibilidad de debatir en torno a dicha prueba y a su propia aplicación, ello no obsta la obligación del juez de aplicar de oficio la norma de conflicto y de garantizar que el litigio sea resuelto conforme al Derecho extranjero reclamado. Sin embargo, esta aplicación de oficio parece contemplarse en nuestro ordenamiento solo para determinar procesos especiales. En efecto, según

dispone el artículo 752 LEC, en este tipo de procesos del Título I del Libro IV LEC, y en particular en todo lo referente a los menores de edad, el tribunal podrá decretar “de oficio” cuantas pruebas estime pertinentes. Y en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 16 de julio de 2020, ya nos indicó que, al no tratarse en el caso de un proceso especial por la materia o de orden público, no cabía la aplicación de oficio del Derecho extranjero, en seguimiento literal del artículo. 281 LEC. A pesar de ello, a nuestro entender, como hemos defendido a lo largo del trabajo, la aplicación de oficio del Derecho extranjero, mediante la debida colaboración de las partes, puede proceder a tenor del artículo 33.3 LCJIMC respecto a cualquier tipo de procedimiento.

116. Hasta la fecha sólo una sentencia del Tribunal Supremo, la destacada de 3 de abril de 2018, ha aportado algo realmente interesante en relación con el artículo 33.3 LCJIMC. Pero lo aportado es algo importante; en dicha sentencia el Tribunal Supremo ha establecido de una manera clara y tajante que la aplicación sustitutoria del Derecho español, según el art. 33.3 LCJIMC, “debe hacerse solo con carácter excepcional”. Por ello esta contundente afirmación de nuestro máximo órgano jurisdiccional viene a poner en entredicho la doctrina contenida en la mayoría de las resoluciones de las audiencias provinciales: aplicar automáticamente el Derecho español ante la mera falta de prueba, sin más, del Derecho extranjero, no es el camino correcto que deriva del artículo 33.3 LCJIMC. Ahora quedamos a la espera de nuevos pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que se pueda fijar de manera clara la actuación que en este ámbito relativo a la prueba del Derecho extranjero deben de llevar a cabo en cada caso los tribunales para que se cumpla lo dispuesto en la norma.

117. Al cierre de este trabajo, hemos tenido conocimiento de la publicación de la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 10 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:APSA:2021:390A), donde debía probarse el Derecho alemán en un caso de un presunto incumplimiento contractual. Pues bien, en su Fundamento de Derecho cuarto, *in fine*, y siguiendo la pauta marcada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 3 de abril de 2018 -a pesar de no ser citada-, se indica que la excepcionalidad a la que alude el artículo 33.3 LCJIMC debe interpretarse en el sentido que el respeto a la imperatividad de las normas de conflicto “impide excluirlas con la aplicación de la *lex fori* a la mínima oportunidad”. Ello favorecería dejar la aplicación de las normas de conflicto a la libre voluntad de las partes, que tendrían suficiente con no alegar el derecho extranjero para eludir su aplicación cuando no les interesara, aunque a él se remitiera la norma de conflicto.

118. Al margen de lo indicado, de *lege ferenda* debería hacerse hincapié en la necesaria corrección de la actual falta de claridad normativa, que seguramente se encuentre en la base de la inercia advertida en el tratamiento procesal ante la falta de prueba del Derecho extranjero. A tal efecto entendemos que debería propiciarse un reforzamiento de la diligencia en la actuación de los jueces, de modo que, por una parte, se respetase de una manera efectiva el carácter imperativo de las normas de conflicto y, por otra, se permitiese interpretar la subsidiariedad del Derecho español en su sentido más estricto, esto es, que realmente ésta sólo operase cuando, pese a la diligencia de las partes -y la colaboración del juez-, no hubiera sido posible probar y, en consecuencia, aplicar, el Derecho extranjero. He ahí donde creemos que debería situarse la llave de la excepcionalidad.

119. Mientras esto no acontezca seguiremos moviéndonos en el terreno de la nebulosa, de la inseguridad, de la especulación. El Tribunal Supremo ha marcado el camino a seguir en la sentencia de 3 de abril de 2018, pero todavía queda la concreción del concepto de excepcionalidad, qué ha de considerarse por tal y qué efectos debe producir, y ello en aras a la solución del litigio conforme a lo que marca la norma básica, la estrella polar, de nuestro sistema de Derecho internacional privado, esto es, con respeto al postulado del artículo 12.6 CC. Mientras ello no tenga lugar, como acertadamente indica F. GARAU SOBRINO en referencia a la célebre frase de *El Gatopardo*, es una verdad axiomática aquello de que “es preciso que todo cambie para que todo siga igual”.