

ALEGACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO: COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE JULIO DE 2021

ALLEGATION AND PROOF OF FOREIGN LAW: COMMENT ON THE JUDGMENT OF HIGH COURT OF 21 JULY 2021

CARMEN DOLORES ALOMAR MARTÍN
Profesora Asociada de Derecho Internacional Privado
Universidad de La Laguna

Recibido:30.11.2021/ Aceptado:20.12.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6698>

Resumen: La alegación y prueba del Derecho extranjero ha dado lugar a una ingente cantidad de pronunciamientos por parte de nuestros juzgados y tribunales, así como a numerosas aportaciones doctrinales. Si bien, siguen suscitándose los mismos problemas, especialmente los relativos a la carga de la prueba y el papel que deben desempeñar los órganos jurisdiccionales en esta materia. En este trabajo se aborda la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2021, en la que se mantiene el carácter facultativo de la intervención de los órganos jurisdiccionales en la prueba del Derecho extranjero, al tiempo que nos ofrece unas consideraciones acerca de los medios probatorios, especialmente del informe pericial, que conducen casi inexorablemente a la aplicación de la *lex fori*.

Palabras clave: Derecho extranjero, alegación y prueba, informe pericial.

Abstract: The allegation and proof of foreign law has been the subject of a huge number of pronouncements by our courts, as well as numerous doctrinal contributions. However, the same problems continue to arise, especially with regard to the burden of proof and the role of the courts in this matter. The present paper addresses the judgment of the High Court of 20 July 2021, which maintains the optional character of the intervention of the courts in the proof of foreign law, At the same time, it offers us some considerations about the means of proof, especially the expert report, which lead almost inexorably to the application of the *lex fori*.

Keywords: Foreign law, allegation and proof, report.

Sumario: I. Introducción. II. Exposición del caso. III. Alegación y prueba del Derecho extranjero. 1. Sobre el artículo 281.2 LEC. 2. Sobre el momento procesal para proponer, aportar y practicar la prueba del Derecho extranjero. IV. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. La sentencia dictada por el Tribunal Supremo (en adelante, TS) con fecha 20 de julio de 2021¹ (en adelante, la sentencia) aborda dos cuestiones propias del Derecho Internacional Privado, por un lado, las cláusulas de elección de ley aplicable en un contrato de transporte aéreo de pasajeros y, por otro, la alegación y prueba del Derecho extranjero.

¹ STS 20 julio 2021, RJ\2021\3582, (ECLI:ES:TS:2021:3073).

2. En este trabajo me voy a referir únicamente a la segunda cuestión, la prueba del Derecho extranjero que, pese a tratarse de un tema clásico de nuestra disciplina, nunca llega a tener una solución clara a los problemas que se presentan en la práctica judicial: por una parte, los problemas relacionados con las dificultades ante las que se encuentran las partes en litigio, que deben hacer frente a la obtención de la prueba, tarea que resulta complicada y económicamente demasiado costosa para buena parte de los justiciables; a lo que hay que añadir el escollo que supone probar un Derecho extranjero en el marco de una regulación procesal diseñada para probar hechos. Por otra parte, y en ocasiones como consecuencia de lo anterior, las estrategias seguidas algunas veces por las partes para evitar la aplicación de un Derecho extranjero.

3. La falta de soluciones obedece a la escasa regulación existente sobre los distintos aspectos que concurren a la hora de aplicar un Derecho extranjero². En concreto, sólo disponemos del más que cuestionado artículo 281.2 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) que establece la necesidad de que el Derecho extranjero sea probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación; y el artículo 33 de la Ley 29/2015, de 30 de julio de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (en adelante, LCJIMC) que hace una remisión a la LEC y la completa estableciendo respecto a la prueba dos puntualizaciones: que el valor probatorio de la prueba que se practique se determinará conforme las reglas de la sana crítica, y que los informes periciales no tendrán carácter vinculante para el órgano jurisdiccional. Asimismo, este artículo prevé la aplicación del Derecho español con carácter excepcional en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero. Ambos preceptos se encuentran presididos por el carácter imperativo de la norma de conflicto de acuerdo con el artículo 12.6 del Código Civil.

4. A esta escasez de regulación se une que nuestra jurisprudencia no ha tenido un posicionamiento unánime al respecto, por lo que es fácil encontrar resoluciones judiciales que adoptan soluciones completamente contrapuestas, sea en lo relativo a la alegación y prueba del Derecho extranjero por las partes, sea en lo relativo a la intervención del órgano jurisdiccional en la prueba de ese Derecho, sea acerca de las consecuencias de la falta de alegación y prueba.

II. Exposición del caso

5. La Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) interpuso demanda de juicio verbal contra la entidad Ryanair Limited (Ryanair) ante el Juzgado de lo Mercantil de Madrid, solicitando que se declarase el carácter abusivo de ciertas cláusulas contenidas en las condiciones generales de la contratación y, por ende, su nulidad, así como la cesación en su empleo y difusión. El *petitum* de la demanda se completó con la solicitud de inscripción de la sentencia, total o parcial, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en los periódicos de mayor tirada, así como su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, junto con la condena en costas.

6. Entre las cláusulas objeto del litigio se encontraba la relativa a ley aplicable y jurisdicción competente, que establecía la ley irlandesa como rectora del contrato de transporte, de los términos y condiciones, y del reglamento de la compañía, así como sometía todo litigio, con causa o conexión con el contrato, al conocimiento de los órganos jurisdiccionales irlandeses.

7. El Juzgado de lo Mercantil nº5 de Madrid, que conoció del asunto por turno de reparto, dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, y las partes, no satisfechas con el resultado obtenido, in-

² A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Granada, Comares, 2018, pp. 262-267. F. GARAU SOBRINO, “La no-doctrina constitucional sobre la alegación y prueba del Derecho extranjero”, en *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial, 2013, pp. 429-443, especialmente p. 430.

terpusieron sendos recursos de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid (en adelante, AP), resultando estos parcialmente estimados. La sentencia dictada en esta segunda instancia fue objeto de recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Ryanair y de casación interpuesto por ambas partes.

8. Sólo los recursos interpuestos por Ryanair aluden a la prueba del Derecho extranjero, en concreto el Derecho irlandés, y en ambos propuso la práctica de pruebas: documental, informe pericial, e interrogatorio del perito.

9. En el recurso extraordinario por infracción procesal la citada entidad alega dos motivos: por una parte, entiende que se le ha causado indefensión al haberse infringido los artículos 33.3 de la LCJIMC y el artículo 281.2 LEC sobre la prueba del Derecho extranjero, y en consecuencia la aplicación del Derecho español en lugar del Derecho irlandés al que conducía la norma de conflicto. Por otra parte, como segundo motivo, esgrime infracción del artículo 348 de la LEC, al considerar que la sentencia recurrida no dio valor probatorio alguno a la prueba pericial aportada por la recurrente. En su recurso de casación Ryanair reproduce el primer motivo del recurso por infracción procesal.

10. Finalmente, el TS no admite la práctica de la prueba propuesta por Ryanair, y desestima los dos recursos interpuestos por esta entidad. Acerca de la estipulación que atribuía la competencia judicial internacional a los juzgados irlandeses y designaba como aplicable el Derecho irlandés, resuelve declarando abusivo el inciso relativo a la ley aplicable. De esta forma, aun cuando la valoración de la prueba del Derecho irlandés hecha por la AP hubiese corrido mejor suerte, o el TS hubiese admitido la práctica de prueba en esta fase de recurso, el Derecho irlandés no hubiera resultado aplicable, lo que no resta importancia a lo manifestado por el TS acerca de la prueba del Derecho extranjero.

III. La alegación y prueba del Derecho extranjero

11. Con carácter previo a la resolución de los recursos, el TS se pronunció acerca de la prueba propuesta por la entidad recurrente encaminada a acreditar el Derecho irlandés, acordando la improcedencia de su práctica en esta fase de recurso, sin perjuicio de las facultades del Tribunal para la averiguación del Derecho extranjero.

12. El TS consideró que la pretensión de la recurrente era discutir la valoración de la prueba del Derecho irlandés hecha por la AP, por lo que se inclina por no admitir la práctica de la prueba propuesta en ninguno de los recursos. El argumento utilizado por el Tribunal es que el artículo 281.2 LEC se refiere al contenido y vigencia del Derecho extranjero, no a su interpretación, por lo que no cabría entrar a revisar la valoración de esa prueba hecha por la AP, ni admitir su reproducción en esta fase procesal.

13. Ahora bien, al tiempo que inadmite la práctica de la prueba pone de manifiesto que ese material probatorio puede ser tenido en cuenta por el Tribunal si fuera necesario, e invoca lo ya establecido al respecto en sentencias anteriores. En concreto, reproduce los argumentos de sus sentencias de 14 de octubre de 2014³ y de 20 de mayo de 2015⁴.

14. Las citadas resoluciones parten de dos presupuestos: uno indiscutible, la aplicación de oficio de la norma de conflicto, *ex* artículo 12.6 del Código Civil, y la calificación del supuesto de hecho de la norma de conflicto conforme el Derecho español, *ex* artículo 12.1 del mismo cuerpo legal. Y otro de corte histórico, el tratamiento que recibe el Derecho extranjero es similar a un hecho, debiendo probarse contenido, vigencia, así como su alcance y autorizada interpretación, recayendo esta carga sobre la parte que lo alega.

³ STS, 14 octubre 2014, RJ\2015\2,ECLI:ES:TS:2014:5567.

⁴ STS, 20 mayo 2015, RJ\2015\2460,ECLI:ES:TS:2015:3159.

15. Además, abogan por una flexibilización del principio de aportación de parte que rige en los litigios sobre Derechos disponibles, debida a que el Derecho extranjero no es un simple hecho, por lo que su infracción es base para interponer un recurso de casación, y el tribunal no queda sujeto a la prueba aportada por las partes, sino que puede valerse de cuantos medios estime necesarios para su averiguación. Esta flexibilidad llevaría a poder admitir prueba del Derecho extranjero propuesta en segunda instancia o, incluso, en casación, pero sin convertir esta posibilidad en un nuevo juicio, y siempre y cuando hubiera sido alegado en el momento procesal oportuno.

16. Asimismo, mantienen que el tribunal tiene la facultad de emplear los medios a su alcance para probar el Derecho extranjero, pero no es una obligación, por lo que no se puede alegar infracción del artículo 281.2 LEC ante la falta de averiguación del Derecho extranjero por parte del órgano jurisdiccional.

17. Y, finalmente, ambas resoluciones apoyan que las consecuencias de la falta de prueba no es la desestimación de la demanda sino la aplicación de la *lex fori*.

18. Por lo tanto, nada nuevo viene a aportar en esta ocasión el TS ya que se reproduce los mismos argumentos de resoluciones anteriores en la que se defiende la línea del carácter facultativo de la intervención de los órganos jurisdiccionales y la aplicación del Derecho material español ante la falta de prueba.

1. Sobre el artículo 281.2 LEC

19. La redacción del artículo 281.2 LEC al referirse a que el tribunal “pueda” valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios, junto con la exigencia histórica de que el Derecho extranjero debe ser alegado y probado por las partes, sigue sirviendo al TS para mantener el carácter facultativo de la intervención de los órganos jurisdiccionales a la hora de probar el Derecho extranjero.

20. Que el citado precepto no haya resuelto cuándo debe probarse el Derecho extranjero por las partes y cuándo de oficio por el órgano jurisdiccional ha sido reiteradamente criticado por la doctrina⁵. De hecho, con la entrada en vigor de la LEC, CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ vaticinaron que la inercia del TS sería mantenerse en los postulados históricos, como así ha resultado⁶.

21. Desde una perspectiva estrictamente práctica hay que tener en consideración que cuando las partes, o al menos una de ellas, invoca una norma de conflicto que le remite a un Derecho extranjero resulta inevitable que desde el primer momento esta parte disponga de prueba sobre el contenido, y especialmente sobre la aplicabilidad, de ese Derecho que va a utilizar para elaborar la fundamentación jurídica material de su escrito de demanda o, en su caso, de contestación. Lo habitual es que el abogado no conozca el Derecho extranjero, por lo que es el primer interesado en hacerse con una prueba sólida sobre su contenido ya que es lo único de que dispondrá para fundamentar jurídicamente sus pretensiones y conseguir que estas prosperen. Otra cosa es que la prueba que haya conseguido sea limitada o insuficiente, cosa que suele ocurrir por falta de medios, especialmente económicos, o dificultades relacionadas con la situación del Estado cuyo Derecho se pretende aplicar.

22. En este marco la participación del órgano jurisdiccional en la prueba del Derecho extranjero podría quedar en el ámbito de la simple colaboración o, incluso, para su mayor seguridad a la hora de

⁵ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Tribunales de Justicia: Revista Española de Derecho Procesal*, 2000 (11), pp. 1155-1170. F. GARAU SOBRINO, “La no-doctrina constitucional...”, op. cit., p. 430.

⁶ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Aplicación del Derecho ...”, op. cit., p. 1159.

dictar sentencia, valerse de cuantos medios de averiguación tenga a su alcance para completar los medios de prueba propuestos por la parte aun cuando estos puedan ser considerados suficientes⁷.

23. Sin embargo, ¿qué ocurriría si ninguna de las partes alega el Derecho extranjero, y en consecuencia, no aporta prueba sobre el mismo?. Es sin duda la cuestión que más debate ha generado, dando lugar a diversos posicionamientos doctrinales, todos ellos acompañados, en mayor o menor medida, por nuestra jurisprudencia y no exentos de pros y contras.

24. De forma somera, las principales tesis propuestas ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero por la parte serían: la aplicación de la *lex fori*, la desestimación de la demanda, la aplicación de oficio del Derecho extranjero⁸.

25. La primera de ellas, la aplicación de la *lex fori*, en nuestro caso del Derecho material español, es la mayoritariamente seguida por nuestros tribunales⁹. Si bien, se trata de una solución criticada dado que supone la vulneración del carácter imperativo de la norma de conflicto, unido a la inseguridad jurídica que supone, y que favorece las conductas estratégicas de las partes.

26. La desestimación de la demanda es considerada por algunos autores como la solución más correcta desde un punto de vista dogmático¹⁰, al no vulnerar el carácter imperativo de la norma de conflicto y evitar que las partes eludan la aplicación del Derecho extranjero y consigan aplicar el Derecho español a su voluntad. Si bien, esta corriente se encuentra con la dificultad que supone la unificación de doctrina del TS a través de su Sentencia de 4 de noviembre de 2004 en la que descarta la posibilidad de desestimar la demanda¹¹.

27. Otro sector doctrinal defiende la aplicación de oficio del Derecho extranjero, apoyándose en el referido carácter imperativo de la norma de conflicto y su aplicación de oficio por parte de los Tribunales¹². Para los seguidores de este planteamiento, la imperatividad de la norma de conflicto se ve acom-

⁷ Esta colaboración partes/órgano jurisdiccional cuando la parte ha invocado el Derecho extranjero, pero la prueba no ha sido suficiente, cuenta con apoyo doctrinal, así F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 47-48. A. MARÍN LÓPEZ, “La prueba de la ley extranjera en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, T. 1, 2001, pp. 405-423. F. GARAU SOBRINO, “La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista General de Derecho*, nº678-679, marzo-abril 2001, pp. 2343-2366.

⁸ Además de estas tesis se han propuesto otras menos apoyadas doctrinal y jurisprudencialmente como son la inadmisión de la demanda y la retroacción de las actuaciones procesales al momento en el que debió alegarse el Derecho extranjero. Sobre las distintas tesis A.L. CALVO CARAVACA/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*, nº 6238, 25 Abril. 2005, pp. 1880-1896.

⁹ Una amplia relación de resoluciones judiciales que siguen la línea de la aplicación de la *lex fori* la ofrece J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Pamplona, 2016. p. 177. M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2007, pp. 521-523, consideran que si las partes han invocado el Derecho extranjero y han propuesto prueba, el papel del juez no es pasivo sino que tiene deberes o facultades para investigar de oficio ese Derecho. Estos autores plantean un sistema conflictual facultativo conforme al cual la norma de conflicto solo sería aplicable de oficio cuando designa el Derecho español, en caso de que designe un Derecho extranjero este se aplicaría si la parte lo invoca y lo prueba. La falta de prueba conduciría a la aplicación del Derecho español.

¹⁰ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, op. cit., p. 300. A. RODRÍGUEZ BENOT, “Artículo 33” en A. FERNÁNDEZ-TREGUERRES GARCÍA (Coord.), *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Barcelona, Bosch, 2017, p. 291.

¹¹ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional...*, op.cit., p. 178, consideran que el tenor del artículo 33.3º LCJIMC descarta definitivamente la opción de desestimación de la demanda ante la falta de alegación y prueba. Otros autores entienden que el citado precepto está previsto únicamente para aquellos casos puramente excepcionales en los que ha resultado imposible probar el Derecho extranjero, pero nunca debería aplicarse cuando la parte ha obviado alegar el Derecho extranjero o no ha sido diligente en la prueba. En este sentido, A. RODRÍGUEZ BENOT, “Artículo 33”, op. cit. pp. 293-294.

¹² S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Aplicación Judicial del Derecho extranjero: La desconcertante práctica judicial, lo estériles esfuerzos doctrinales y la necesaria reforma legislativa”, *Diario La Ley*, nº6287, 4 julio 2005, pp. 2004-2007. L. CARBALLO PIÑEIRO, “El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del Derecho extranjero, una relectura en clave procesal y constitucional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2001, pp. 483-503. P.P. MIRALLES SANGRO, *Aplicación del*

pañada por la previsión del artículo 281.2 LEC al referirse a “medios de averiguación” que el tribunal estime necesarios, junto con la posibilidad contemplada en el artículo 282 LEC que permite al órgano jurisdiccional acordar prueba de oficio cuando así lo establezca la ley¹³. Si bien, ponen de manifiesto que la aplicación de oficio del Derecho extranjero debe llevarse a cabo con cautela, para evitar efectos sorpresivos y no alterar los términos del debate¹⁴, así como manifiestan la necesidad de una aclaración al respecto por parte del legislador¹⁵.

28. La aplicación de oficio del Derecho extranjero podría tener un efecto disuasorio en aquellos casos en los que la falta de alegación y prueba de ese Derecho se deba a que las partes obvian la norma de conflicto para evitar las dificultades que, inevitablemente, conlleva la aplicación de un Derecho extranjero. Si el resultado de no alegar ni probar el Derecho extranjero conduce a la aplicación del Derecho material español, supondrá que las partes han conseguido su objetivo. Por el contrario, la aplicación de oficio de la norma de conflicto y su averiguación por parte del juez podría disuadir a las partes ante el uso de este tipo de estrategias. Efecto disuasorio que se vería incrementado si sobre ellas recayera el coste que suponga la obtención de esa prueba¹⁶.

29. En la sentencia objeto de este trabajo el TS manifiesta 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....*”. Se poya el TS en las sentencias anteriormente citadas de 2014 y 2015, y en la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 2001¹⁷.

30. Ahora bien, en este asunto la parte, Ryanair, sí había alegado el Derecho irlandés y había aportado prueba, por lo que no es equiparable al supuesto de falta de alegación del Derecho extranjero en el que las partes eluden la existencia de una norma de conflicto cuyo carácter es imperativo *ex* artículo 12.6 del Código Civil.

31. Recientemente, el TS en su auto de fecha 19 de mayo de 2021¹⁸ aboga por la misma solución que en la sentencia analizada, esto es la aplicación del Derecho material español, en un supuesto en el que la parte no invocó el Derecho extranjero, en concreto el Derecho marroquí, en su escrito de contestación a la demanda e intentó introducirlo en segunda instancia.

32. Por lo tanto, el TS sigue sin distinguir los casos en los que la parte acude a la norma de conflicto e intenta probar el Derecho extranjero al que esta remite, de aquellos otros en los que la parte adopta la estrategia cómoda de invocar el Derecho material español, eludiendo la norma de conflicto aun sabiendo de su aplicabilidad al litigio.

33. Así, en el hipotético supuesto de que la cláusula de elección de ley obrante en el contrato de Ryanair no hubiese devenido nula el resultado obtenido hubiera sido el mismo, esto es, se hubiera

Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial efectiva, Madrid, Dykinson, 2007, p. 241. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional...*, op. cit., p. 180-181.

¹³ F. GARAU SOBRINO, “La no-doctrina constitucional ...”, op. cit. p. 433, pone de manifiesto aquellos procesos especiales en los que se puede decretar de oficio las pruebas que se estimen oportunas, aun cuando las partes no la hayan propuesto, entiendo que en esos supuestos puede apreciarse una actividad sustitutiva del órgano jurisdiccional. Entre estos procesos se encuentran, entre otros, el de separación, nulidad y divorcio, y parece obvio que esa actividad sustitutiva, lamentablemente, no ha sido apreciada por los órganos jurisdiccionales en lo relativo a la prueba del Derecho extranjero, ya que son muchas las sentencias dictadas en este tipo de procesos en los que se ha aplicado la *lex fori* al considerar el juzgador que el Derecho extranjero no se había probado de forma suficiente.

¹⁴ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Aplicación Judicial del Derecho extranjero...”, op. cit., p. 2005.

¹⁵ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional...*, op. cit., p. 182.

¹⁶ Este efecto disuasorio también se vería claramente en la desestimación de la demanda si esta opción no se encontrase con el obstáculo indicado en el párrafo 27.

¹⁷ STC nº155/2001, RTC\2001\155.

¹⁸ ATS, 19 mayo 2021, JUR\2021\174458, (ECLI:ES:TS:2021:6440).

aplicado el Derecho español. La valoración de la prueba del Derecho irlandés hecha por el juzgador de instancia, unido al carácter facultativo de la intervención del Tribunal en la prueba del Derecho extranjero, hubiera tenido como consecuencia la aplicación del Derecho material español, exactamente igual que si Ryanair no hubiese alegado ni intentado probar el Derecho irlandés.

34. Sin perjuicio de la corriente que pueda considerarse más ajustadas al carácter imperativo de la norma de conflicto, lo cierto es que la solución al problema siempre termina quedando en manos de los órganos jurisdiccionales, y de los últimos pronunciamientos del TS resulta que todos los caminos parecen conducir a la aplicación de la *lex fori*.

2. Sobre el momento procesal para proponer, aportar y practicar la prueba del Derecho extranjero.

35. Doctrinalmente se ha puesto de relieve que el artículo 281.2 LEC guarda silencio sobre varios aspectos, entre ellos, el momento procesal oportuno para probar el Derecho extranjero¹⁹.

36. En el proceso del que trae causa la sentencia objeto de este comentario se discutió en primera y segunda instancia el momento procesal en el que Ryanair había aportado la prueba sobre el Derecho irlandés, en concreto el informe pericial. La parte actora, OCU, consideró que el informe pericial se había presentado extemporáneamente al ser aportado en el acto de la vista. Si bien, esta alegación de la OCU no prosperó ya que en el momento de interposición de la demanda estaba aún vigente el juicio verbal conforme la LEC en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 42/2015, por lo que Ryanair, correctamente, en el acto de la vista contestó a la demanda, alegó del Derecho irlandés, propuso la prueba pericial, y la aportó a los autos, con la consiguiente dificultad para la actora que no supo del informe pericial hasta ese momento²⁰.

37. Este problema del carácter sorpresivo de la prueba aportada por la parte demandada en el marco del juicio verbal no se plantea hoy en día, dada la citada modificación de la LEC que ha llevado a que la contestación a la demanda se presente por escrito en el plazo de diez días (art. 438 LEC).

38. En los juicios declarativos ordinarios, tenemos que distinguir entre la proposición de la prueba, que el caso del juicio verbal será en el momento previo a la celebración de la vista (art. 443 LEC) y en el juicio ordinario en la audiencia previa (art. 429 LEC) y el momento de su práctica, que el caso del juicio verbal será en la vista (art. 443 LEC) y de tratarse de un juicio ordinario durante la celebración del juicio (art. 433 LEC). En general, en el caso de que la prueba a proponer sea documental y/o informes periciales, hay que tener presente el momento de su aportación a los autos, que será con el escrito de demanda y de contestación (art.265.1.2º y 336 LEC). Por lo tanto, en principio, si la parte demandada pretende invocar un Derecho extranjero dispondrá de veinte días en el juicio ordinario, y diez días en el juicio verbal, para conocer el contenido de ese Derecho extranjero y así poder alegarlo y fundamentar jurídicamente su escrito de contestación. Y, en el mismo plazo, tendrá que disponer de los documentos y el informe pericial que deberán acompañar al escrito de contestación (sin perjuicio de la flexibilización que ha llevado a admitir practicar prueba sobre el Derecho extranjero de forma extemporánea).

39. Desde una perspectiva estrictamente práctica debemos cuestionarnos si los hitos procesales indicados se ajustan a la particularidad que supone la prueba del Derecho extranjero frente a la prueba

¹⁹ F. GARAU SOBRINO, “La prueba del Derecho extranjero...”, op.cit., p. 2344.

²⁰ F. GARAU SOBRINO, “La prueba del Derecho extranjero ...”, op. cit., pp. 2351, pone de manifiesto las dificultades de la parte actora debido a la unidad de acto que regía el antiguo juicio verbal, y el carácter sorpresivo que podía suponer para esta encontrarse con la alegación de un Derecho extranjero y la proposición y práctica de una prueba que previamente no había podido analizar.

de simples hechos, especialmente para la parte demanda, que solo dispone de veinte días para contestar la demanda, o diez dependiendo del juicio de que se trate. A lo que hay que unir la dificultad que entraña probar un Derecho extranjero y la complicada labor que deben realizar las partes para que la prueba propuesta sea admitida y, una vez practicada, sea considerada suficiente por el juzgador (casi más complicado lo segundo que lo primero).

40. En la sentencia que nos ocupa la prueba del Derecho irlandés se propuso y aportó en primera instancia, en el momento de la contestación de la demanda por parte de Ryanair. El TS no admite en este caso practicar más prueba en fase de recurso extraordinario por infracción procesal y casación por los motivos indicados en el párrafo 12 de este trabajo, pero la sentencia sí mantiene la línea ya abierta en resoluciones anteriores que admiten practicar prueba sobre el Derecho extranjero en segunda instancia y en casación, siempre y cuando ese Derecho se hubiese alegado en el momento procesal oportuno (en general, en el escrito de demanda o, en su caso, en la contestación). En concreto, la citada resolución de 14 de octubre de 2014 el TS fijó que “...*el Tribunal puede valerse de los medios de averiguación que estime necesarios, aunque haya precluido el plazo de proposición, lo que constituye un supuesto excepcional que matiza los principios dispositivos de aportación de parte y el de preclusión...*” Obviamente, el medio del que se vale el Tribunal es dar una oportunidad a las partes para proponer prueba en un momento procesal en el que el plazo ha precluido.

41. Con ello el TS suple, en cierta medida, el hecho de que la prueba del Derecho extranjero no disponga de preceptos propios distintos a los previstos para la prueba de los hechos. Si bien, la concesión que hace el TS a favor de las partes para que estas puedan practicar prueba extemporáneamente la considera como un “medio de averiguación del Derecho extranjero” del que puede valerse el Tribunal cuando la parte alegó el Derecho extranjero en el momento procesal oportuno pero con prueba insuficiente. Este medio de averiguación se une a otros expresamente contemplados en la LEC, como la previsión del artículo 429.1, párrafo 3º, que permite al juez en la audiencia previa de los juicios ordinarios, y en los verbales por remisión del artículo 443.3, poner de manifiesto la insuficiencia probatoria de las partes y señalar la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente; o la práctica de diligencias finales en el juicio ordinario previstas en el artículo 435 LEC. Estos medios tienen un común denominador, esto es, la no implicación del órgano jurisdiccional en la labor de investigación de ese Derecho extranjero.

III. La prueba pericial como medio para acreditar el Derecho extranjero.

42. En el recurso extraordinario por infracción procesal Ryanair alega dos motivos: en primer lugar, la infracción del artículo 33.3 LCJI (aunque el asunto se inició con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley) en relación con el artículo 281.2 LEC, lo que, según la recurrente, le habría causado indefensión al haberse resuelto la controversia conforme al Derecho español y no conforme al Derecho irlandés. Y, en segundo lugar, infracción de los artículos 24.1 de la Constitución Española y el artículo 348 LEC.

43. En el recurso de casación reproduce las mismas alegaciones, y considera, en el primer motivo, que se han infringido los artículos 33.1 y 33.3 LCJI en relación con el artículo 281.2 LEC por oposición a la doctrina jurisprudencial del TS en materia de alegación y prueba del Derecho extranjero.

44. El TS deja zanjadas todas las cuestiones planteadas por la recurrente en ambos recursos sentando los mismos argumentos que utilizó para descartar la práctica de prueba en casación:

45. En primer lugar, que los órganos jurisdiccionales no están obligados por el artículo 281.2 LEC a realizar más “gestiones” para probar el Derecho extranjero que la simple admisión de las pruebas propuestas por la parte que lo invoca.

46. En segundo lugar, que considerar la prueba del derecho extranjero insuficiente y, por ende, aplicar la *lex fori*, no es una cuestión procesal sino de valoración jurídica.

47. De esta forma, el TS descarta la posibilidad de que el órgano jurisdiccional coopere con las partes en la prueba del Derecho extranjero, al resolver afirmando que sobre estos no recae obligación alguna más allá de admitir la prueba propuesta por la parte. Este argumento lo completa al resolver el recurso de casación añadiendo que no hay estándares de actuación para los órganos jurisdiccionales en cuanto a su participación en la prueba del Derecho extranjero. Así el TS avala la pasividad de juzgados y tribunales en la prueba del Derecho extranjero, aun cuando haya habido actividad probatoria por la parte que lo alega, considerando la admisión de la prueba propuesta como “gestión” suficiente.

48. En tercer lugar, junto con consideraciones generales sobre la prueba pericial el TS manifiesta que lo que procedería en la prueba pericial del Derecho extranjero es “*un dictamen sobre su existencia y vigencia*”, no una “*pericia jurídica sobre la interpretación de las normas*”.

49. Queda claro del texto del artículo 33.4 LCJI que el informe pericial no vincula al órgano jurisdiccional, además el informe no debe contener valoraciones personales del experto que lo emite. Si bien, del texto literalmente extraído de la sentencia parece que el TS se conforma con que el informe aborde solamente la existencia y vigencia del Derecho extranjero, ya que nada dice sobre la necesidad de acreditar su alcance y aplicabilidad.

50. No hay un patrón que marque los puntos que debe contemplar un informe pericial sobre Derecho extranjero, si bien, CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GÓNZALEZ proponen seguir los requisitos exigidos por el Juzgado de lo Mercantil nº8, en su resolución de 5 de febrero de 2013²¹, lo que facilitaría la elaboración de un informe pericial con garantías de que pueda ser valorado como prueba suficiente, especialmente cuando este informe constituye la única prueba aportada por la parte.

51. Ahora bien, teniendo en consideración que el TS ante la prueba insuficiente apuesta por la aplicación del Derecho material español, y no por la colaboración del órgano jurisdiccional en la prueba del Derecho extranjero, resulta conveniente para la parte proponer diversos medios de prueba, aunque no sea obligatorio al considerarse superada la antigua jurisprudencia del TS que exigía prueba documental y pericial cumulativamente²². Aun así, proponer varias pruebas tampoco parece garantizar que se termine aplicando el Derecho extranjero ya que en el presente asunto Ryanair no se limitó a proponer la prueba pericial sino también documental, y sobre esta última nada manifiesta la sentencia.

IV. Consideraciones finales

52. Con esta sentencia de 20 de julio de 2021 el TS mantiene claramente lo establecido en resoluciones precedentes en lo relativo al carácter facultativo de la participación de los órganos jurisdiccionales en la prueba del Derecho extranjero, sin hacer distinción alguna entre los supuestos en los que la parte no ha alegado el Derecho extranjero y, por ende, no ha habido actividad probatoria alguna, y aquellos en los que la parte sí ha alegado ese Derecho extranjero en el momento procesal oportuno y ha aportado la prueba, pero esta no ha sido suficiente.

53. Esto supone que la parte que alega el Derecho extranjero y hace un esfuerzo en aras a probar su contenido, vigencia y aplicabilidad puede acabar obteniendo el mismo resultado que si hubiese obviado la norma de conflicto y el Derecho extranjero al que esta remita. En ambos casos, el resultado será la aplicación del Derecho material español.

²¹ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional* ..., op. cit., p. 288.

²² A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional*..., op. cit., p. 286.

54. El TS confirma el carácter especial de la prueba del Derecho extranjero frente a la prueba de meros hechos, por lo que sigue apoyando medidas especiales como admitir proposición y práctica de prueba en segunda instancia e incluso en casación. Si bien, esa especialidad no la tiene en consideración a la hora de colaborar con las partes que han alegado el Derecho extranjero, o a la hora de buscar soluciones que completen las carencias de la legislación existente en la materia, de forma que se permita una realización efectiva del Derecho Internacional Privado. En los supuestos en los que el órgano jurisdiccional decide colaborar en la prueba del Derecho extranjero los medios de averiguación que considera a su alcance siguen haciendo recaer el esfuerzo probatorio en la parte, lo que de nada sirve si la parte ya ha agotado todas las vías a su alcance para poder probar ese Derecho extranjero.

55. La aplicación de la *lex fori* va camino de convertirse en la salida recurrente de nuestros órganos jurisdiccionales, y esta sentencia de TS es un apoyo más a una solución que debería ser excepcional. En este sentido, la aplicación judicial del Derecho extranjero no parece avanzar por la misma vía que la aplicación extrajudicial, marco en el que la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ha manifestado en varias ocasiones que Notarios y Registradores no solo deben hacer uso de los medios previstos en LCJIMC, sino también de los medios proporcionados por E-Justicia, yendo incluso más allá al considerar aconsejable cierto conocimiento de los Ordenamientos Jurídicos de los países de nuestro entorno cuyos nacionales residen habitualmente en zonas turísticas españolas ²³.

²³ Resolución de 25 de agosto de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, *BOE* de 14 de octubre de 2021.