

Control de oficio de la competencia judicial internacional,
determinación de la Ley aplicable al régimen económico
matrimonial y concreción del alcance y carga de la prueba del
Derecho extranjero. A propósito de la sentencia n.º 1402/2021
de la Audiencia Provincial de Málaga (sección sexta)

Ex officio control of international jurisdiction, determination
of the applicable law to the matrimonial property regime and
realization of the scope and burden of proof of foreign law.
For the purpose of judgement no. 1402/2021 of the Málaga
Provincial Court (sixth section)

LAURA ÁLVAREZ AGOUÉS

Universidad del País Vasco. UPV/EHU

Investigadora Becaria predoctoral. Gobierno Vasco

Recibido: 30.06.2022 / Aceptado: 22.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7213

Resumen: La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección Sexta) de 18 de octubre de 2021 estima en parte el recurso de apelación formulado y revoca parcialmente la sentencia dictada el 15 de julio de 2019 por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº1 de Málaga. El origen del litigio radica, en el marco de una ruptura o crisis matrimonial con componente de internacionalidad, en el inventario vinculado a los trámites de la liquidación de la comunidad de bienes gananciales formada por los cónyuges. Ello plantea a su vez la necesaria determinación del Derecho aplicable al régimen económico matrimonial (Derecho ruso) así como la cuestión vinculada a la prueba de tal ordenamiento extranjero.

Palabras clave: Identificación norma de conflicto, selección ley aplicable al régimen económico matrimonial, alegación y prueba del Derecho extranjero.

Abstract: The judgment of the Provincial Court of Malaga (Sixth Section) of October 18, 2021 partially upholds the appeal filed and partially revokes the ruling issued on July 15, 2019 by the Court of Violence against Women No. 1 of Malaga. The origin of the litigation lies, in the framework of a marital breakdown or crisis with an international component, in the inventory linked to the procedures for the liquidation of the community property formed by the spouses. At the same time, the necessary determination of the applicable law to the matrimonial property regime (Russian Law) is raised as well as the question linked to the proof of such foreign legal order.

Keywords: Conflict rule identification, selection applicable law to the matrimonial property regime, pleading and evidence in foreign law.

Sumario: I. Consideraciones introductorias. II. Supuesto de hecho. III. Ausencia de fundamentación de la atribución de competencia judicial internacional a favor de los tribunales españoles en relación al supuesto planteado en el litigio. IV. Parquedad argumental de la sentencia en relación a la norma de conflicto de obligatoria aplicación por parte de los tribunales españoles para designar la ley aplicable a la cuestión litigiosa. V. Alegación y prueba del derecho extranjero. VI. Consideraciones finales.

I. Consideraciones introductorias

1. Desde nuestra óptica internacional privatista de análisis y de comentario, la resolución judicial objeto de la presente Nota queda caracterizada por su parquedad argumental cuando no por la ligereza en la fundamentación de al menos dos primeras cuestiones claves (y de carácter imperativo), vinculadas respectivamente a la concreción de los criterios de competencia judicial internacional y a la ley aplicable a la *litis* con componente de internacionalidad planteada, junto a una tercera vertiente más fundamentada en la sentencia y que queda referida a la alegación y prueba del Derecho extranjero (en este caso, el ordenamiento ruso).

2. Más allá de la correcta respuesta material o sustantiva dada por la sentencia a la cuestión civil planteada en el marco de la liquidación de la sociedad conyugal de dos ciudadanos de nacionalidad rusa (y relativa a la elaboración del inventario respecto de bienes sitos en España e inclusión en el pasivo del mismo de un derecho de crédito de la esposa, de nacionalidad rusa), cabe subrayar que ni la sentencia de instancia ni la dictada en apelación (objeto de este comentario) invocan o utilizan las normas de Derecho internacional privado necesarias para solventar dos cuestiones troncales, relativas a la competencia judicial internacional y a la identificación o concreción de la ley aplicable por el tribunal español.

3. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga sí desarrolla argumentalmente la fundamentación jurídica de la tercera cuestión relevante desde nuestra óptica de estudio, relativa al régimen de alegación y prueba del derecho extranjero (en este supuesto litigioso, el derecho ruso) aplicable al fondo de la *litis* planteada.

II. Supuesto de hecho

4. La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección Sexta) de 18 de octubre de 2021¹ estima en parte el recurso de apelación formulado por la parte apelante y revoca parcialmente la sentencia dictada el 15 de julio de 2019 en el juicio de formación de inventario nº15/2019 dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº1².

5. El procedimiento se inició mediante escrito presentado por la solicitante el 22 de enero 2019, a fin de iniciar los trámites necesarios para la liquidación de la comunidad de bienes gananciales formada por los cónyuges (ambos de nacionalidad rusa) con respecto a sus bienes sitos en España, solicitando la formación de inventario al amparo del artículo 808 de la LEC y ello tras haber sido admitida a trámite la demanda de divorcio, presentando una propuesta de inventario. El Juzgado de Violencia sobre la Mujer dictó sentencia el 15 de julio de 2019 acordando el inventario respecto a la división de patrimonio de los cónyuges de nacionalidad rusa, decisión judicial en la que se detalla lo siguiente:

— Activo en España: A) Una vivienda cuyos derechos de uso han sido asignados a la esposa y al hijo menor del matrimonio en Medidas Provisionales. B) Mobiliario y enseres del do-

¹ STS 18 octubre 2021 (RJ 1402/2021).

² Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la mujer nº1 de Málaga de 15 julio de 2019 (RJ 15/2019).

- micilio familiar, cuyo uso han sido asignados a la esposa y al hijo menor del matrimonio en Medidas Provisionales. C) 100% participaciones de una empresa mercantil. D) 100% participaciones de otra empresa mercantil.
- Pasivo en España: A) Crédito hipotecario para la adquisición de la vivienda familiar. B) Crédito de la esposa por pagos del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar con cargo a su patrimonio privativo, durante el periodo comprendido entre septiembre de 2018 y la actualidad. C) Crédito de la esposa por pago de Impuestos Locales de 2018 con cargo a su patrimonio privativo.

6. En el recurso de apelación planteado por la actora ante la Audiencia Provincial de Málaga se solicitó en primer término la nulidad de la sentencia por falta de motivación con el objetivo de que se dictara una nueva sentencia por parte del juzgado de primera instancia, motivo que fue desestimado. En efecto, la sentencia dictada en apelación y ahora comentada analiza y razona los hechos que han conducido a la exclusión en la sentencia recurrida de una serie de partidas económicas que la esposa pretende incluir como pasivo dentro del inventario, sin que se pueda tachar de falta de motivación a la sentencia de instancia porque, aunque ésta sea escueta, permite saber cuál es la *ratio decidendi* de la decisión judicial y en consecuencia, no se aprecia el defecto procesal de falta de motivación denunciado ya que la sentencia contiene las razones que permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales en los que se ha fundamentado la decisión.

7. Desestimado tal motivo al no apreciarse la concurrencia del defecto procesal de falta de motivación, la sentencia dictada en apelación analiza si procede o no la inclusión en el pasivo del inventario (necesario para la liquidación de la sociedad conyugal) de unas cantidades transferidas por la esposa a la cuenta de cargo de la adquisición del inmueble, por importe de 701.500 euros, cantidad proveniente a su vez del cobro de la herencia de su madre (también de nacionalidad rusa) y cuya herencia se había abierto y liquidado en Moscú. La sentencia de instancia había desestimado la inclusión de dicha partida en el pasivo: *“porque no se sabe la procedencia del dinero que se transfiere ni tampoco, aunque ellos fuera así, se acredita que el derecho personal aplicable a las partes atribuya a la herencia de una de las partes carácter privativo o ganancial (artículo 9 del C.Civil)”*.

8. Tal y como posteriormente será analizado, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga dictada en apelación estima que sí procede incluir en el pasivo de tal inventario dicho crédito de la esposa por el señalado importe de 701.500 euros, en concepto de contribución a la adquisición de la vivienda familiar con cargo a su patrimonio privativo (herencia materna), y la sentencia (en su Fundamento de Derecho tercero) señala que tal calificación de la aportación de la esposa como privativa deriva del contenido del Derecho ruso (en particular del tenor del artículo 33 del Código de Familia ruso).

III. Ausencia de fundamentación de la atribución de competencia judicial internacional a favor de los tribunales españoles en relación al supuesto planteado en el litigio.

9. Ninguna consideración se realiza o contiene ni en la sentencia de instancia ni en la de apelación ahora comentada en relación a la fundamentación procesal de la atribución de la competencia judicial internacional a favor de nuestros tribunales españoles para el enjuiciamiento de un divorcio o ruptura matrimonial de dos cónyuges de nacionalidad rusa tramitada además ante el Juzgado de Violencia sobre la mujer nº1 de Málaga.

10. Un comentario jurisprudencial debe analizar y evaluar el contenido de la decisión judicial y también sus lagunas o silencios. Y en este sentido resulta muy significativa la ausencia de fundamentación en ambas sentencias respecto al foro o criterio de competencia judicial internacional en el que poder basar la atribución del litigio a los tribunales españoles; tal argumentación debiera haberse incorporado al fundamento de derecho primero en una y en otra resolución judicial, y ello hubiera conducido

a identificar el bloque normativo aplicable: bien el relativo al ámbito normativo europeo (Reglamento 2201/2003³, en la actualidad reemplazado por el Reglamento (UE) 2019/1111⁴ al haber entrado en vigor el pasado 1 de agosto de 2022) o bien al correspondiente al sistema autónomo español (LOPJ⁵); resulta claro que ha de ser el primero de estos bloques normativos (el europeo) el que hubiera debido ser utilizado para verificar de oficio su propia competencia por parte de los tribunales españoles.

11. En particular, cabe recordar que el Reglamento 2201/2003 (en vigor en el momento del litigio y aplicable por quedar el mismo adscrito a su ámbito material de aplicación) señala en su artículo 1. a) que: *“El presente Reglamento se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial”*.

12. Tal previsión es extensible y aplicable, por tanto, al pronunciamiento civil (divorcio) que realiza el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº1 de Málaga, al tratarse (art. 2 del citado Reglamento 2201/2003) de *“un órgano jurisdiccional, una autoridad de un Estado miembro con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación del presente Reglamento”*.

13. Cubierta o materializada tal premisa clave, será el foro o criterio de competencia judicial internacional recogido en el art. 3.1.a)⁶ del citado Reglamento 2201/2003, concretado en la residencia habitual de los cónyuges en territorio español, el que permita fundamentar tal atribución competencial a favor de los tribunales españoles. El hecho de que tal competencia no haya sido objeto de impugnación por ninguna de las partes no obsta para tener que proceder por parte de uno y otro órgano jurisdiccional a tal verificación de oficio de su propia competencia, atendiendo al tenor del artículo 17 del propio Reglamento 2201/2003⁷.

IV. Parquedad argumental de la sentencia en relación a la norma de conflicto de obligatoria aplicación por parte de los tribunales españoles para designar la ley aplicable a la cuestión litigiosa.

14. Ni la sentencia de instancia ni la de apelación, ahora comentada, representan en realidad edificantes ejemplos acerca de la invocación y aplicación (imperativa u obligatoria, *ex art.12.6 del Código*

³ Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003.

⁴ Reglamento (CE) nº 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, DOUE L 178 de 25 junio 2019.

⁵ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE de 2 julio 1985.

⁶ Art. 3 del Reglamento 2201/2003: *“1. En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:*

a) en cuyo territorio se encuentre:

- la residencia habitual de los cónyuges, o

- el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o

- la residencia habitual del demandado, o

- en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o

- la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o

la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su “domicile”;

b) de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del “domicile” común.

2. A efectos del presente Reglamento, el término “domicile” se entenderá en el mismo sentido que tiene dicho término con arreglo a los ordenamientos jurídicos del Reino Unido y de Irlanda.

⁷ Art. 17 del Reglamento 2201/2003: *“El órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se inicie un procedimiento respecto del cual el presente Reglamento no establezca su competencia y del que sea competente en virtud del mismo un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, se declarará de oficio incompetente”*.

Civil español⁸, en adelante Cc) de las normas de conflicto vigentes en el Derecho español para resolver la cuestión de cuál de los ordenamientos potencialmente aplicables al caso (en este caso, el ordenamiento español o el derecho ruso) ha de ser finalmente utilizado para resolver la cuestión material o de fondo planteada en un litigio con un componente de internacionalidad como el ahora analizado.

15. El citado art. 12.6 Cc⁹ expresa de forma taxativa el carácter imperativo de las normas de conflicto previstas en nuestro ordenamiento jurídico. De la lectura del precepto se derivan, cuanto menos, tres ideas claras: En primer lugar, el hecho de que la norma goza de una naturaleza imperativa. El operador jurídico está compelido a aplicarla cuando la situación objeto de regulación así lo requiera; esto es, cuando presente un elemento de extranjería¹⁰.

16. En segundo lugar, y en línea con la afirmación anterior, del art. 12.6 Cc se desprende con claridad el hecho de que el operador no deberá esperar a que las partes le aleguen la posible aplicación de la norma de conflicto debiendo, por contra y en claro reflejo de su imperatividad, aplicarla de oficio. Por último, en tercer lugar, tanto la imperatividad, como la consecuente aplicación de oficio, se reputa de todas las normas de conflicto del modelo español, ya sean éstas de origen estatal, o se encuentren incorporadas en textos convencionales o institucionales que vinculen a nuestro país¹¹.

17. Cabe ahora recordar que la sentencia de instancia, y como segunda razón para desestimar la inclusión en el pasivo de las partidas objeto de recurso invocó que, aun cuando se hubiera acreditado el carácter privativo de las cantidades abonadas por la esposa, tampoco hubiera procedido su inclusión en el pasivo “*porque no se acredita que el derecho personal aplicable a las partes atribuya a la herencia de una de las partes carácter privativo o ganancial (artículo 9 del C.Civil)*”.

18. La propia sentencia de apelación dictada por la Audiencia Provincial de Málaga califica esta argumentación como “*concisa*”, para a continuación incurrir en el error de obviar tal dimensión normativa conflictual y proceder de forma que deriva la cuestión de la identificación de la ley aplicable al fondo del litigio directamente al segundo escalón (es decir, el posterior al del empleo de la norma de conflicto), limitando así y centrando su fundamentación jurídica únicamente en la cuestión del ámbito probatorio del derecho extranjero (en este caso, el del ordenamiento jurídico ruso).

19. Es decir, la sentencia de apelación no solo no solventa la laguna argumental apreciada en la decisión del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº1 de Málaga en primera instancia, sino que en realidad elude pronunciarse sobre tal cuestión, que queda así irresuelta dando por válida la incorrecta y equívoca invocación genérica de la norma de conflicto del art. 9 Cc¹², invocación de la que infiere la aplicación del derecho ruso al caso planteado.

20. ¿Cuál hubiera debido ser la correcta y fundamentada secuencia argumental en relación a esta dimensión conflictual en una y otra decisión judicial? En primer lugar, debiera haberse procedido a una labor previa de calificación y de acertada selección de la norma o normas de conflicto aplicables.

⁸ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid de 25 julio 1889.

⁹ Art. 12.6 del Cc: “*Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español*”.

¹⁰ A. REMIRO BROTONS, “Reglas de conflicto y normas materiales de Derecho internacional privado”, *Temis*, (Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza), núm. 33 a 36, 1973-74 (Symbolae García Arias), pp. 605-646.

¹¹ P. GRAULICH, “La signification actuelle de la regle de conflict”, *Mélanges offerts a P. Weill*, Paris, Dalloz, 1983, pp. 9-20.

¹² Art. 9.1 y 2 del Cc: “*1. La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.*

El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior.

2. Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.

La nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107”.

21. En realidad, y pese a que ni otra decisión se hacen eco de tal cuestión, son dos las dimensiones conflictuales que se obvian y dejan sin resolverse: la primera de ellas corresponde a la concreción de la ley rectora de la sucesión, abierta en 2013, de la madre de la cónyuge actora litigante (ambas de nacionalidad rusa), porque parte de su caudal relicto es destinado a la adquisición de la vivienda familiar por parte de la heredera; y la segunda, la troncal o principal es este supuesto litigioso, radica en la concreción de la ley aplicable al régimen económico matrimonial de los cónyuges rusos ahora litigantes.

22. El primer ámbito conflictual, el sucesorio, queda regido desde la óptica de nuestro Derecho por la ley rusa, ya que la apertura de la herencia en 2013 deja el supuesto fuera del ámbito de vigencia temporal del Reglamento europeo 650/2012¹³ y por tanto la norma conflictual del art. 9.8 Cc¹⁴ conduce a la aplicación de la ley de la nacionalidad de la causante en el momento del fallecimiento.

23. La segunda dimensión conflictual queda centrada en la determinación de la ley rectora del régimen económico matrimonial de los cónyuges rusos, residentes en España, y de cuya liquidación de la sociedad conyugal trae causa el litigio resuelto en la sentencia objeto de la presente Nota.

24. Tal y como ha sido indicado, a la escueta afirmación contenida en la sentencia de Instancia, al señalar que “*no se acredita que el derecho personal aplicable a las partes atribuya a la herencia de una de las partes carácter privativo o ganancial (artículo 9 del C.Civil)*” se suma la respuesta en la sentencia de apelación señalando que “*tal concisa argumentación plantea dos cuestiones, una de orden procesal y otra de orden material*”.

25. De este modo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga centra directamente su fundamentación jurídica en la prueba del derecho extranjero (el ordenamiento jurídico ruso en materia de familia, en particular el artículo 33 del Código de Familia ruso).

26. ¿Cuál hubiera debido de ser el razonamiento y la fundamentación jurídico conflictual en una y otra instancia desde esta dimensión normativo conflictual? En primer lugar, seleccionar de forma correcta la norma de conflicto aplicable en esta materia por parte de los tribunales españoles. Para ello hubiera sido preciso acudir con preferencia al Reglamento 2016/1103¹⁵ sobre competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y en particular analizar su ámbito material, personal y temporal de aplicación, porque solo una vez descartada la aplicación de la norma europea al supuesto ahora analizado deberían nuestros tribunales (como ocurre en el litigio ahora analizado) aplicar las normas de conflicto internas españolas para identificar así la ley aplicable al fondo del mismo¹⁶.

27. Caso de haber resultado de aplicación tal normativa europea que prevé además su carácter de eficacia universal o *erga omnes* (art. 20 del Reglamento 2016/1103) y que desplaza a nuestro art. 9.2

¹³ Reglamento (CE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DOUE L 201 de 27 de julio de 2012.

¹⁴ Art. 9.8 del Cc: “*La sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes*”.

¹⁵ Reglamento (CE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales DOUE L 183 de 8 julio de 2016.

¹⁶ A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, “Las cuestiones del régimen matrimonial primario y la aplicación del Reglamento 2016/1103”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, Vol. 12, n° 1, pp. 259-285.

Cc.¹⁷, la norma contenida en el artículo 26 del citado Reglamento (UE) 2016/1103, prevé que, en defecto de elección de ley por las partes, la cuestión material objeto de la litis debiera haber sido resuelta conforme a *“la ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio; en su defecto, de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio, o, en su defecto, con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias”*.

28. Si la acción judicial de la que trae causa la sentencia objeto del presente comentario hubiere sido iniciada con anterioridad al 29 de enero de 2019 (y por tanto hubiere devenido inaplicable el Reglamento 2016/1103), la norma de conflicto interna o autónoma española sería la aplicable¹⁸; ésta no puede entenderse como correctamente invocada mediante el recurso a la genérica y vaga cita o invocación del artículo 9 Cc. que realiza la sentencia de instancia y que tampoco enmienda la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga en apelación; en efecto, resulta necesario precisar el concreto apartado del tal precepto que haya de ser aplicable; en particular, en este caso (en defecto de aplicación de la norma europea, aplicable siempre con preferencia a nuestro sistema interno o autónomo) sería de aplicación por nuestros tribunales lo dispuesto en el artículo 9.2 Cc (norma conflictual interna española que se diseñó para regular las relaciones personales y económicas derivadas del matrimonio, mientras que el art. 9.3 Cc refiere al régimen matrimonial pactado), con arreglo al cual, *“Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio”*.

V. Alegación y prueba del derecho extranjero

29. Tal y como ha sido antes indicado, la sentencia de instancia desestimó la pretensión de la actora (centrada en solicitar la inclusión en el pasivo de las aportaciones económicas realizadas por ella para la adquisición de la vivienda del matrimonio provenientes de la herencia de su madre rusa) porque a su juicio no se acreditó que el derecho personal aplicable a las partes atribuyera a la herencia de una de ellas carácter privativo o ganancial.

30. La Audiencia Provincial cuestiona tal argumentación anclando su fundamentación jurídica en la dimensión procesal de la alegación y prueba del Derecho extranjero. En particular, el Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia, tras citar doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo acerca de la prueba del Derecho extranjero, señala expresamente que:

“A la vista de esta doctrina jurisprudencial, la segunda razón expuesta en la sentencia de primera instancia resulta errónea pues, en primer lugar, la carga de la prueba del derecho extranjero no correspondía sólo a la esposa proponente del inventario y, en segundo lugar, este tribunal de apelación fácilmente ha obtenido información referente a que el régimen económico matrimonial supletorio en Rusia resulta similar al de la sociedad de gananciales de nuestro Código Civil español pues, con arreglo al artículo 33 del Código de Familia ruso, no existen diferencias aparentes entre un sistema y otro, y así, entre otras muchas identidades, por lo que afecta a esta litis, dicho precepto dispone que el régimen económico del matrimonio será, en defecto de pacto, el de comunidad de bienes adquiridos constante matrimonio. Se incluyen en dicha comunidad las ganancias obtenidas por cada cónyuge en su trabajo o negocio o por su actividad intelectual, las pensiones o indemnizaciones que les correspondan, los bienes adquiridos a expensas de dichas ganancias, y, en general, cualesquiera otros adquiridos por los esposos durante el

¹⁷ A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil y el régimen económico matrimonial en Derecho Internacional Privado español. Valores, métodos y técnicas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, Vol. 12, nº 2, p. 188.

¹⁸ A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimoniales y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, Vol. 11, nº1, pp. 8-50.

matrimonio. Se reconoce expresamente el derecho a participar en la comunidad matrimonial al cónyuge que careciera de ingresos propios por haberse dedicado al cuidado del hogar o de los hijos o por otra causa razonable, y son bienes privativos los pertenecientes a cada cónyuge antes de la celebración del matrimonio y aquellos recibidos durante el mismo por herencia o por actos a título gratuito”.

31. Atendiendo a la orientación jurisprudencial de nuestros Tribunales y a la corriente doctrinal mayoritaria, cabría validar la decisión adoptada por la Audiencia Provincial de Málaga conforme a la siguiente argumentación: en primer lugar, cuando un litigio que se sigue ante tribunales españoles se rija por un Derecho extranjero, las partes deben fundamentar sus pretensiones en tal Derecho extranjero. Es decir, los fundamentos jurídicos de la demanda, contestación y reconvencción deben extraerse del Derecho extranjero que regule el litigio por mandato de la norma de conflicto española¹⁹.

32. En segundo lugar, debe tenerse presente que el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil español²⁰ (en adelante, LEC) es la clave de bóveda de todo régimen jurídico de la prueba del Derecho extranjero en el sistema español, como así lo admite el art. 33.1 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil²¹ (en adelante, LJCIMC). El art. 281.2 LEC²² regula: (a) La necesidad de prueba del Derecho extranjero; (b) El objeto de la prueba cuando se trata de acreditar el Derecho extranjero, esto es, los extremos concretos a probar en relación con un Derecho extranjero; (c) La regla general de la carga de la prueba del Derecho extranjero y las posibilidades de participación del tribunal en dicha prueba.

33. Por tanto, el art. 281.2 LEC tiene un carácter central y carácter general²³. El régimen de la prueba del Derecho extranjero contenido en el art. 281.2 LEC es un régimen general. Vincula, salvo regulación especial para ciertos sectores del Derechos, a todos los tribunales españoles en todos los órdenes jurisdiccionales, visto también el carácter supletorio de la LEC. El art. 33.1 LJCIMC admite que este precepto es el que contiene la regulación general de la prueba del Derecho extranjero: “La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia”.

34. El art. 281.2 LEC no indica que la prueba del Derecho extranjero debe realizarse, necesariamente, en cada litigio regulado por un Derecho extranjero, “proceso por proceso”. Tampoco indica que el Derecho extranjero haya que probarlo “siempre” o “en todo caso”²⁴. Es bien sabido que cuando el legislador no desea que una regla de apoyo a la norma de conflicto, como es el art. 281.2 LEC, presente excepciones, lo dice bien claro (art. 12.1 Cc: la calificación se debe realizar, siempre, con arreglo a la Ley española; art. 12.3 Cc: la Ley extranjera que produce efectos contrarios al orden público internacional español no puede aplicarse en ningún caso). Y tampoco precisa el art. 281.2 LEC si el Derecho extranjero hay que probarlo sólo cuando se exige su aplicación al caso o también cuando se invoca en el proceso, pero no con la finalidad de que sea aplicado por el tribunal español. Por ello, cabe formular una regla general y varias excepciones sobre esta cuestión. La regla general consiste en que cada vez que debe aplicarse un Derecho extranjero, éste debe probarse en el concreto proceso de que se trate. La regla arranca de una sencilla premisa: se puede presumir que el tribunal español no conoce el Derecho extranjero. Por eso hay que probarlo. Será, sin duda, el caso más normal y más frecuente.

¹⁹ SAP Gipuzkoa 14 marzo 2017, [ECLI:ES: APSS:2017:23].

²⁰ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7 de 8 de 2000.

²¹ Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, BOE núm. 182 de 31 de julio de 2015.

²² Art. 281.2 LEC: “*También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación*”.

²³ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores), “*Tratado de Derecho Internacional Privado*” tomo I, Tirant lo blanch, Valencia, 2020, pág. 666.

²⁴ C. ESPLUGUES MOTA, “*Application of Foreign Law*”, München, Sellier, 2011.

Respecto a la primera excepción, si el tribunal español, por alguna razón, tiene ya un exacto conocimiento del Derecho extranjero, éste debe quedar acreditado en autos, pero no será preciso exigir a las partes la prueba del mismo. No es preciso probar lo que ya ha quedado probado. En cuanto a la segunda excepción, cuando una parte invoca el Derecho extranjero no como *ratio decidendi* para que sea aplicado por el tribunal español al fondo del asunto, sino como mero apoyo *ad adjuvandum* de sus pretensiones o como ejemplo jurídico que se proporciona al tribunal, o como mera prueba de que una legislación está vigente en un determinado territorio, entonces no es necesario probar el Derecho extranjero²⁵.

35. Respecto a los aspectos procedimentales de la prueba del Derecho extranjero, dichos aspectos se regulan en los arts. 33-36 LCJIMC. Estos preceptos contienen una regulación de tres importantes aspectos relacionados con la prueba del Derecho extranjero: (a) El valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero (art. 33.2 y 4 LCJIMC); (b) La solución a seguir en el caso de que resulte imposible, para las partes, probar el Derecho extranjero (art. 33.3 LCJIMC); (c) El régimen jurídico de la llamada “información del Derecho extranjero”, esto es, la regulación de las solicitudes que las autoridades españolas realizan a las autoridades extranjeras en relación con el contenido y vigencia de un concreto Derecho extranjero y de las solicitudes que las autoridades extranjeras dirigen a las españolas para obtener datos sobre el Derecho español.

36. El régimen de prueba del Derecho extranjero en el proceso judicial desarrollado en España es el régimen de prueba que el legislador ha previsto para los “hechos procesales”. Ahora bien, “hechos procesales” y “Derecho extranjero” son realidades diferentes, ya que el Derecho extranjero no es un “hecho procesal” sino un conjunto de normas jurídicas, y tampoco desarrolla en el proceso la función propia de los hechos procesales, sino la función, estrictamente jurídica, consistente en solventar el fondo del litigio²⁶. Por ello, el régimen jurídico de la prueba del Derecho extranjero presenta ciertas particularidades en relación con el régimen de la prueba de los hechos. Lo expresa muy bien el TS cuando afirma que “el Derecho recibe un tratamiento similar al que reciben los hechos, pues debe ser objeto de alegación y prueba”²⁷. El TS subraya, en efecto, que el tratamiento jurídico de los “hechos procesales” y del Derecho extranjero es “similar”, pero no “igual” o “el mismo”

37. En conclusión, cabe afirmar que en DIPr. español opera una regla general: la prueba del Derecho extranjero corresponde a las partes, a los sujetos particulares y no al tribunal que conoce del asunto. Esta regla general se completa con dos reglas específicas: (a) El tribunal competente puede ayudar, complementar o completar la prueba realizada por las partes, si bien no puede sustituir a las partes en la prueba del Derecho extranjero (Preámbulo V LJCIMC 2015: “*Nuestro sistema se caracteriza por ser un sistema mixto que combina el principio de alegación y prueba a instancia de parte con la posibilidad de que el tribunal complete dicha prueba, valiéndose de cuantos medios de averiguación estime necesarios*”; (b) El tribunal competente debe intervenir y probar el Derecho extranjero cuando las partes, pese a haber intentado de buena fe la prueba del mismo, no lo hayan logrado. Resulta preciso explorar estas reglas, pues la regulación de la carga de la prueba del Derecho extranjero no destaca por su precisión y claridad en el art. 281.2 LEC y en el art. 33 LCJIMC.

VI. Consideraciones finales

38. Tres son las cuestiones que, vinculadas a nuestra perspectiva de análisis internacional privatista, han de ser destacadas en la valoración de la sentencia objeto del presente comentario: por un lado, la ausencia de argumentación jurídica que fundamente la competencia de nuestros tribunales españoles

²⁵ SAP Madrid 20 febrero 2014 (RJ 129/2014).

²⁶ F. CALVO BABÍO, “Problemas para probar Derecho extranjero en procedimientos judiciales españoles”, *Juris*, n.º 93, 2005, pp. 85-61.

²⁷ STS 17 abril 2015 (RJ 198/2015).

para el conocimiento de un litigio entre dos ciudadanos de nacionalidad rusa, estando centrada la litis en la concreción del inventario vinculado a la liquidación de la sociedad conyugal.

39. En segundo lugar, la concreción, identificación y aplicación de la norma de conflicto que los tribunales españoles deban utilizar para determinar la ley rectora del régimen económico matrimonial aplicable al supuesto planteado, y en tercer lugar la dimensión adscrita al ámbito de la alegación y prueba del Derecho extranjero ante nuestros tribunales (en particular, y en relación a la litis planteada, la acreditación y aplicación del Código de Familia ruso).

40. Cabe recordar que el art. 12.6 Cc, atribuye un carácter imperativo a la norma de conflicto. El juez español está obligado a aplicarla, de la misma forma y en los mismos términos en que está compelido a aplicar el resto de normas del ordenamiento jurídico nacional. Al amparo de este artículo, las partes no tienen necesidad de alegar la aplicabilidad de una específica norma de conflicto española al exponer sus pretensiones ante el juez. Será éste quien, al verificar la presencia de un elemento de extranjería en el litigio ante el suscitado, procederá de oficio a la aplicación de ésta.

41. Y cabe recordar que no basta una genérica invocación, como se realiza en la decisión analizada, del art. 9 del Código civil, sino que es preciso primero seleccionar el bloque normativo aplicable (el europeo, el convencional y el interno o autónomo español) y, en segundo lugar, caso de resultar de aplicación este último, proceder a identificar de forma concreta el precepto aplicable (en este supuesto, el art.9.2 CC).

42. Respecto a la alegación y prueba del derecho extranjero, el pronunciamiento contenido en la sentencia objeto del presente comentario, al señalar que *“este tribunal de apelación fácilmente ha obtenido información referente a que el régimen económico matrimonial supletorio en Rusia resulta similar a la de la sociedad de gananciales de nuestro Código civil español”* plantea esta reflexión final: el legislador español asume la falta de obligación del juez español de conocer el contenido del derecho extranjero y, de esta suerte, el principio *iura novit curia* se entiende exclusivamente circunscrito al conocimiento del derecho español. ¿Podría el juez —exista o no una actitud diligente por las partes— suplir con su eventual conocimiento personal del derecho extranjero la ausencia de prueba de éste por las partes?; ¿basta la recepción de “información” o debe acreditarse también por el órgano judicial la vigencia y contenido de ese Derecho extranjero?

43. Hay una línea doctrinal entre la que cabría destacar a Francisco J. Garcimartín Alférez²⁸, conforme al cual al analizar la cuestión que parece plantearse en la sentencia objeto del presente comentario, relativa al conocimiento privado del juez, “se podría sostener que pese a que el actor no haya alegado ni probado el derecho extranjero, el juez podría resolver conforme a ese Derecho extranjero si lo conoce, bien por su conocimiento privado, bien utilizando los artículos 281.2 in fine LEC y 35 LCJI. Esta construcción, no obstante, es muy discutible: genera situaciones de grave incertidumbre procesal, (la solución al litigio va a depender de cada juez) y riesgo de indefensión. La única excepción posible es si ambas partes invocan el Derecho extranjero sin aportar pruebas definitivas: el juez podría, en tal hipótesis, resolver conforme al derecho extranjero utilizando su conocimiento privado o “cualquier medio de averiguación que estime necesario”.

44. La Audiencia Provincial de Málaga fundamenta su decisión en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. En ese sentido, la doctrina, respecto a la prueba del derecho extranjero, es unánime al interpretar que el tratamiento procesal que recibe el derecho extranjero es de un “hecho” *sui generis*, de ahí que el régimen de prueba sea igualmente singular. La evolución doctrinal y jurisprudencial nunca equiparó en sentido estricto la prueba del Derecho extranjero con la

²⁸ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Derecho internacional privado”, Civitas Thomson Reuters, 2021, Pamplona, 6ª edición, p.245.

prueba de los hechos, sino que en su función aplicadora el Juzgador puede valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere oportunos²⁹. Si el juez, con la aportación de las partes, no se considera suficientemente ilustrado, debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable.

45. Hay que tener presente la labor que ha desarrollado el Tribunal Constitucional al reconocer que el juez debe participar en la investigación del contenido del Derecho extranjero en los supuestos en que las partes hayan intentado probarlo, pero no lo hayan conseguido, a fin de garantizar la tutela judicial efectiva³⁰.

46. Esta misma doctrina es la recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2015³¹ en la que se afirma que, como consecuencia lógica de que los jueces españoles no tienen obligación de conocer el Derecho extranjero, se ha exigido históricamente la prueba del mismo, de forma que en este extremo el Derecho recibe un tratamiento similar al que reciben los hechos, pues debe ser objeto de alegación y prueba, siendo necesario acreditar no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación. Por ello, el art. 281.2 de la LEC exige la prueba de su “contenido y vigencia”, si bien, de acuerdo con el principio de adquisición, la LEC no pone la prueba a cargo de “la persona que invoque el derecho extranjero”, sino que el tribunal no queda constreñido, como en la prueba de hechos en los litigios sobre derechos disponibles, a estar al resultado de las pruebas propuestas por las partes, sino que puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación. Así lo permite el último inciso final del art. 281.2 de la LEC, que supone una flexibilización de las limitaciones, derivadas del principio de aportación de parte que rige en los litigios sobre derechos disponibles, que para el tribunal supondría que el Derecho extranjero fuera tratado, a todos los efectos, como un hecho.

Por todo ello cabe afirmar que, aunque tal vez hubiera necesitado de un mayor desarrollo argumental, la decisión adoptada por la Audiencia Provincial de Málaga respecto a esta dimensión de alegación y prueba del Derecho extranjero es correcta.

²⁹ STS de 3 de marzo de 1997 (RJ 157/1997).

³⁰ STC de 17 de enero de 2000 (RJ 10/2000).

³¹ STS de 20 de mayo 2015 (RJ 287/2015).