

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN  
TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES  
DE 3 DE MAYO DE 2018

COMMENTS ON THE JUDGEMENT ISSUED BY THE  
AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES ON 3 MAY 2018

FRANCISCO DE BORJA IRIARTE ÁNGEL

*Magistrado*

*Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJ del País Vasco*

Recibido: 26.12.2018 / Aceptado: 15.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4651>

**Resumen:** La prueba del Derecho extranjero es una de las cuestiones más complejas en las sucesiones con elemento internacional, especialmente en las anteriores al Reglamento 650/2012, y por tanto, regidas por la ley nacional del causante.

**Palabras clave:** sucesión internacional, prueba del Derecho extranjero.

**Abstract:** Proof of foreign Law is one of the more complex questions in international successions, especially in these previous to Regulation 650/2012, and thus ruled by the citizenship Law of the deceased.

**Keywords:** international succession, proof of foreign law.

**Sumario:** I. Introducción. II. Ley aplicable a la sucesión. III. Alcance de la Ley aplicable a la sucesión. IV. La prueba del Derecho extranjero. V. Conclusión..

## I. Introducción

1. La sentencia de la sección tercera de la Audiencia Provincial de Baleares de 3 de mayo de 2018<sup>1</sup> trata tres cuestiones relevantes desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado: (i) la ley aplicable a la sucesión, (ii) el alcance de dicha ley y (iii) la prueba del Derecho extranjero.

## II. La Ley aplicable a la sucesión

2. Se trata de la cuestión más sencilla, y sobre la que en ningún momento ha habido controversia: habiendo fallecido la causante el 20 de julio de 2015, es decir, antes de la aplicación del Reglamento 650/2012<sup>2</sup>, la sucesión se rige por su ley nacional, esto es, la alemana, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9.8 del Código civil.

<sup>1</sup> Roj: SAP IB 923/2018 - ECLI: ES:APIB:2018:923

<sup>2</sup> Reglamento (UE) 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 núm. 201, de 27 de julio de 2012).

3. Nada dice la sentencia sobre su estado civil en el momento de su fallecimiento, por lo que debemos presumir que no es relevante para solucionar la cuestión el último inciso del mencionado precepto, del que se derivan las tradicionales discusiones jurisprudenciales y doctrinales en las que, por tanto, no vamos a entrar.

### III. Alcance de la Ley aplicable a la sucesión

4. La siguiente cuestión es determinar cuál es el ámbito de la ley aplicable a la sucesión; aspecto del que nada dice el Código civil<sup>3</sup>, a diferencia del Reglamento 650/2012, en el que los artículos 1.2 y 23 lo determinan expresamente. Así, en nuestro caso la sentencia considera sujetos a la ley alemana el momento de la transmisión de los bienes, que coincide con el del fallecimiento, las legítimas caracterizadas como un derecho de crédito determinado por el valor de los bienes de la herencia en el momento del fallecimiento y la formación del inventario; aspectos todos ellos que considera incluidos en la normativa sucesoria la doctrina, como, por ejemplo, CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>4</sup>. Para estos autores es indiscutible que la transmisión de los bienes se rige en el Derecho español por la ley que rige la sucesión y no por la del lugar en que se encuentren -10.1 CC- en tanto nos encontramos ante una sucesión universal que debe ser sometida a una única Ley.

### IV. La prueba del Derecho extranjero

5. Finalmente la sentencia toca de pasada una cuestión de gran relevancia, como es la prueba del Derecho extranjero, que considera probado por una certificación notarial de vigencia del Código civil alemán; siendo verdad que no dice si el notario certificante es español o alemán, la cuestión no es relevante para el caso concreto, ya que no ha existido controversia sobre el asunto. En fundamento de su opinión cita la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2015<sup>5</sup> conforme a la que:

- El Tribunal debe aplicar de oficio la norma de conflicto, sea interna o internacional.
- No teniendo obligación el Juez de conocer el Derecho extranjero, éste deber ser objeto de alegación y prueba (art. 281.2 LEC).
- El Derecho extranjero no es un simple hecho, de forma que, en lo que aquí interesa, el tribunal no tiene que estar al resultado de la prueba practicada, sino que puede valerse de cuantos medios estime oportunos para su averiguación.
- La averiguación es una facultad, pero no una obligación del Tribunal.
- La consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero no es la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, sino la aplicación del Derecho español.

6. Lo primero que debemos destacar es que en el momento de dictarse la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares ya estaba en vigor la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, que dedica su artículo 33 precisamente a la prueba del Derecho extranjero conforme al que:

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

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

<sup>3</sup> Por el contrario la redacción original del artículo 10.2 del Código civil incluía en el ámbito de aplicación de la *lex successionis* el orden de suceder, la cuantía de los derechos sucesorios y la validez intrínseca de las disposiciones.

<sup>4</sup> A.L.CALVO CARAVACA/ J.CARRASCOSA GONZÁLEZ., *Derecho Internacional Privado*. Comares. Granada, 2009. Vol. II, p. 396.

<sup>5</sup> Roj: STS 1868/2015 - ECLI: ES:TS:2015:1868.

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

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

7. Se trata de un sistema mixto<sup>6</sup> en el que el Juez no tiene obligación de conocer el Derecho extranjero pero no queda *ex lege* constreñido a lo que le aportan las partes, sino que puede realizar sus propias averiguaciones, colaborando con la actividad probatoria de aquéllas; aunque como dice la misma autora<sup>7</sup> los Tribunales suelen actuar de manera pasiva<sup>8</sup>, lo que lleva, en muchos casos, a la no aplicación del Derecho extranjero; situación que debe evitarse en aras de una mejor tutela efectiva de los derechos de las partes (art. 24 CE). Hay situaciones, como bien apunta dicha profesora<sup>9</sup>, en las que con un esfuerzo razonable se puede acceder al Derecho extranjero: así, por ejemplo, en el caso del Derecho de los países de la Unión Europea existen medios como el portal *E-justice* que pueden servir para solucionar algunos de los supuestos, sobre todo si lo que se requiere es el contenido de la Ley o explicaciones básicas de su aplicación, ya que la Unión Europea no ha incorporado norma alguna en relación con la prueba del Derecho extranjero<sup>10</sup>. También existen medios convencionales multilaterales y bilaterales en materia de prueba del Derecho extranjero que pueden ser de extraordinaria utilidad<sup>11</sup>.

8. Especialmente relevante es su apartado tercero, conforme al que la aplicación del Derecho español en los supuestos en los que no quede aplicado el extranjero debe ser excepcional; excepcionalidad que es expresamente mencionada por la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2018<sup>12</sup>, que requeriría los previos intentos de prueba tanto por las partes como por el Tribunal<sup>13</sup> y que no es obligatoria para el Tribunal.

9. Tan excepcional debe ser la aplicación del Derecho español que autores como Carrillo Pozo<sup>14</sup> han propuesto que la respuesta a la falta de prueba del Derecho extranjero aplicable conforme a la norma de conflicto, deba ser, como regla general, la desestimación de la demanda, siendo sólo posible en casos muy determinados la aplicación de la *lex fori*, especialmente cuando nos encontremos en espacios en los que la autonomía de la voluntad es muy limitada, como, por ejemplo, los divorcios. Para autoras como Diago Diago<sup>15</sup> antes de acudir al Derecho español se deberá acudir a segundas o ulteriores conexiones contenidas en la norma de conflicto.

10. La sentencia aquí comentada se decanta por la *tesis de la prueba mínima* del Derecho extranjero<sup>16</sup>, requiriendo únicamente la prueba de su contenido y vigencia; puede que no siendo controvertido en el caso concreto sea suficiente, pero con carácter general, parece más razonable inclinarse por la *tesis de la prueba exhaustiva*, ahora positivizada para la información en el artículo 34 de la Ley 29/2015 y que

<sup>6</sup> M.P. DIAGO DIAGO, *La prueba del derecho extranjero tras la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*. AEDIPr, t. XVII, 2017, p. 536.

<sup>7</sup> M.P. DIAGO DIAGO, *op. cit.*, p. 538.

<sup>8</sup> Aún a riesgo de que se me trate de *corporativismo*, debo mencionar aquí la situación en la que se encuentran muchos Juzgados de Primera Instancia –que, no olvidemos, es dónde habitualmente se practica la prueba en el proceso civil–: tienen una carga de trabajo que dificulta la utilización de los medios al alcance del Juez, tanto porque ponerlos en marcha requiere un tiempo como porque las respuestas tardan en llegar, y en muchos casos –por ejemplo, familia– es necesario dar soluciones a las partes sin excesiva demora.

<sup>9</sup> M.P. DIAGO DIAGO, *op. cit.*, p. 543.

<sup>10</sup> A. Ybarra Bores/A. Rodríguez Benot, *Las nuevas reglas sobre información y prueba del derecho extranjero en el sistema español de Derecho Internacional Privado*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLIX, núm. 150, septiembre-diciembre de 2017, p. 1357.

<sup>11</sup> Una relación de los mismos puede verse en Ybarra Bores, A. y Rodríguez Benot, A., *op. cit.*

<sup>12</sup> ROJ: STS 1228/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1228.

<sup>13</sup> M.P. DIAGO DIAGO, *op. cit.*, p. 546.

<sup>14</sup> L.F. CARRILLO POZO, *Crisis matrimoniales, imperatividad de la norma de conflicto y derecho*. Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, p. 259.

<sup>15</sup> M.P. DIAGO DIAGO, *op. cit.*, p. 546.

<sup>16</sup> Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado*. Comares. Granada, 2018. Vol. I, p. 273.

era la defendida tanto por la doctrina<sup>17</sup> como por la sentencia del Tribunal Supremo antes citada. Por el contrario, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2018 parece volver a la *tesis de la prueba mínima* al considerar suficientemente probado el Derecho colombiano mediante la consulta de la página web oficial del Gobierno de ese país o la propia página web del Consejo General del Poder Judicial; en todo caso es dato significativo a tener en cuenta que ninguna de las partes discutió la vigencia y contenido de las normas de Derecho colombiano alegadas de contrario, como expresamente dice la sentencia<sup>18</sup>.

**11.** Dicho lo anterior, y teniendo todos claro que nuestro Derecho es algo más que el mero texto positivo, es razonable considerar que así ocurrirá en el resto de países, por lo que la adecuación al mismo de la sentencia que dicte el tribunal español requerirá una prueba más profunda, siendo por tanto aconsejable acudir a la *tesis de la prueba exhaustiva*<sup>19</sup>; otra cosa es lo que las partes requieran o los medios reales existentes para obtener más prueba que los que aquéllas aporten.

**12.** Por tanto, será necesario acreditar<sup>20</sup>:

- Contenido literal de la norma o normas aplicables, así como de su vigencia.
- La norma de conflicto de ese ordenamiento, para verificar que no nos encontramos ante un reenvío de retorno (art. 12.2 Código civil) o incluso de segundo grado (art. 34 Reglamento 650/2012).
- La interpretación de la misma hecha por los Tribunales (y, añadido yo, incluso, en la medida lo posible, la doctrina científica que exista, especialmente si no hay jurisprudencia o ésta es escasa).
- La aplicabilidad al caso concreto.

**13.** YBARRA BORES Y RODRÍGUEZ BENOT<sup>21</sup> añaden a estos extremos que puede ser necesario acreditar el marco procedimental y la organización judicial. Siempre, claro está<sup>22</sup> que todos estos aspectos sean realmente necesarios para resolver el caso; si con la aportación del texto legal se resuelve el caso, obviamente bastará con probar su vigencia y contenido literal.

**14.** En cuanto a los medios de prueba cabrá cualquiera de los válidos en nuestro sistema procesal que sean razonables para cumplir el fin perseguido<sup>23</sup>: documentos públicos o privados, pericias..., a los que debemos añadir los que tiene a su disposición el propio Tribunal, como serían su conocimiento propio o los mecanismos previstos en determinados instrumentos internacionales, sobre los que no cabe extenderse aquí.

**15.** Todo lo anterior no sólo será procedente en los procedimientos judiciales, sino también en los supuestos sometidos a arbitraje, como dicta la sentencia de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de enero de 2018<sup>24</sup> en un supuesto en el que el árbitro debía resolver la controversia teniendo en cuenta el Derecho extranjero.

<sup>17</sup> Por ejemplo, A.L.CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.* (2018), Vol. I, p. 274 o P. DIAGO DIAGO *op. cit.*, p. 540.

<sup>18</sup> No voy a volver aquí, por escapar al alcance de este trabajo, a la vieja polémica relativa a la posibilidad de que las partes pueden convertir por su sólo acuerdo el Derecho extranjero en un hecho incontrovertido, exento de prueba, conforme al artículo 281.3 LEC o si, incluso en esos supuestos, el Juez puede realizar su propia actividad probatoria, como podría desprenderse de una lectura literal del último inciso del apartado 1 del mismo precepto en relación con el 282.

<sup>19</sup> Aunque, como dicen Ybarra Bores y Rodríguez Benot (*op.cit.*, p. 1375) puede que el Legislador sea contrario a esta tesis, pues no aprovechó la reforma de la LEC de 2015, ni la promulgación de la Ley 29/2015 para incluir una referencia a la interpretación del Derecho extranjero entre el alcance de su prueba; en este caso, conforme a la *Doctrine of acquiescence* del Tribunal Supremo norteamericano -entre otras, *United States v. Finnell*, 185 U.S. 236, 244, (1902)- deberemos optar por la tesis de la prueba mínima.

<sup>20</sup> A.L. CALVO CARAVACA / J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.* (2018), Vol. I, p. 274.

<sup>21</sup> YBARRA BORES, A. y RODRÍGUEZ BENOT, A.: *op.cit.*, p. 1355.

<sup>22</sup> M.P. DIAGO DIAGO,., *op. cit.*, p. 541.

<sup>23</sup> A.L.CALVO CARAVACA / J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.* (2018), Vol. I, p. 283.

<sup>24</sup> ROJ:STSJ M 905/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:905. En este caso, por lo que aparece en la sentencia, se aportó como prueba del Derecho alemán un informe emitido por un despacho de abogados ese país, por lo que parece probable que no sólo se probase vigencia y contenido, sino también la interpretación de la norma.

16. Finalmente, vamos a tratar con brevedad qué posibilidades tiene el juzgador antes de aplicar el Derecho español ante la actuación pasiva de las partes en la prueba del Derecho extranjero; se nos abren varias posibilidades, de las que la primera es, obviamente, acudir a los medios a su alcance para obtener la prueba pertinente.

17. Carrillo Pozo, como hemos visto más arriba, opta por desestimar la demanda, solución con la que tenemos algunas discrepancias; en este sentido no podemos olvidar el deber inexcusable de resolver contenido en el artículo 1.7 del Código civil, que el Código penal refuerza en su artículo 448, conforme al que será castigado “El Juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley”; una desestimación de la demanda simplemente sobre la base de la falta de prueba del Derecho extranjero, pudiendo investigarlo el propio Juez, y, en última instancia, aplicar el español, para lo que se encuentra habilitado por el artículo 33.3 de la Ley 29/2015, podría estar peligrosamente cerca de la negativa a resolver vedada por la Ley.

18. DIAGO DIAGO<sup>25</sup> plantea la posibilidad de inadmitir la demanda, que ella misma descarta acudiendo a la redacción literal del artículo 403 de la Ley de Enjuiciamiento civil, aunque parece que ha sido utilizada en algún caso.

19. ADÁN DOMÈNECH<sup>26</sup> apunta una opción que me parece la correcta para situaciones en las que la mala fe del actor es manifiesta: la inadmisión de la demanda *a limine litis* al amparo del artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial conforme a la que “Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal”. Siendo los primeros que somos conscientes de la excepcionalidad de esta medida, no debe descartarse en supuestos en los que parezca que nos encontramos ante un evidente abuso en la falta de prueba del Derecho extranjero; lo que podría ocurrir, por ejemplo, en supuestos en los que el demandante teniendo medios económicos para probarlo no lo hace desde el primer momento siendo la solución derivada del Derecho español especialmente beneficiosa para él, de forma que la solución derivada del Derecho extranjero sólo pudiese ser igual o peor.

20. Sentadas las opciones anteriores, el riesgo de la aplicación automática del Derecho material español, habitual en el pasado<sup>27</sup> sigue siendo alto, sea por inercia, sea por simplicidad, siempre que las partes no efectúen una labor probatoria suficiente.

## V. Conclusión

21. Nos encontramos ante una sentencia que de manera adecuada ha resuelto las cuestiones de Derecho Internacional Privado planteada, incluida la prueba del Derecho extranjero; aunque no haya mencionado expresamente la Ley 29/2015, sus conclusiones son acordes con la misma y con los pronunciamientos doctrinales.

<sup>25</sup> M.P. DIAGO DIAGO, *op. cit.*, p. 548.

<sup>26</sup> F. ADÁN DOMÈNECH, *Soluciones a la falta de prueba del Derecho extranjero*. Justicia. Revista de Derecho Procesal. AÑO 2011. Núm. 1-2. Págs. 91.

<sup>27</sup> M.P. DIAGO DIAGO, *op. cit.*, p. 549.