

La justificación o acreditación de la norma extranjera: la llamada «prueba del derecho extranjero»

The justification or accreditation of foreing law: the socalled «proof of foreign law»

ANA MARÍA RIQUELME MARÍN

Profesora Asociada de Derecho Procesal

Universidad de Murcia

ORCID ID: 0000-0003-4667-1064

Recibido:21.07.2025 / Aceptado:10.09.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9895

Resumen: Cuando una norma de conflicto determina que un asunto que se discute ante los tribunales españoles ha de resolverse con arreglo a un derecho distinto al nuestro, sin duda es dicho derecho extranjero el que debe aplicarse, no el nuestro. Para que ello sea posible, debe acreditarse su contenido y vigencia, tarea que corresponde en primera instancia a quien reclama una concreta tutela a los tribunales, a los que es exigible su colaboración. La pregunta de qué debe hacerse cuando no se justifican debidamente dichos extremos no tiene una única respuesta, ya que son posibles diversas situaciones y cada una debe ponderarse debidamente. Atendiendo a esta circunstancia, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha rectificado acertadamente su doctrina anterior y ha fijado que la aplicación subsidiaria del derecho español sólo puede tener lugar con carácter excepcional, lo que resulta más ajustado a nuestro ordenamiento.

Palabras clave: Derecho extranjero; objeto de prueba; acreditación; investigación de oficio.

Abstract: When a conflict-of-law rule determines that a matter before the Spanish courts must be resolved in accordance with a law other than Spanish law, it is unquestionably the foreign law that must be applied. For this to be possible, the content and validity of that foreign law must be established, a responsibility that primarily falls on the party seeking specific protection from the courts, whose cooperation is therefore essential. There is no single answer as to what should be done when these requirements are not properly substantiated, as various scenarios may arise and each must be carefully considered. In light of this, the First Chamber of the Supreme Court has rightly revised its previous doctrine and has ruled that the subsidiary application of Spanish law may only occur in exceptional circumstances, a position more consistent with our legal system.

Keywords: Foreign law; proof object; accreditation; ex officio investigation.

Sumario: I. Consideraciones preliminares. II. Concepto de derecho extranjero. III. ¿Alegación del derecho extranjero por las partes o aplicación de oficio por los tribunales españoles? IV. Consecuencias de que no se acredite la ley material extranjera. V. La actual doctrina judicial española. VI. Reflexiones finales.

I. Consideraciones preliminares

1. En un contexto de creciente globalización, los órganos jurisdiccionales se ven compelidos cada vez con mayor frecuencia a aplicar normas sustantivas extranjeras para resolver las cuestiones suscitadas ante ellos.

2. Dicha realidad plantea al menos tres desafíos que analizaremos en el presente trabajo. De un lado, el de qué ha de entenderse por derecho extranjero. De otro, el de si los jueces españoles están obligados a aplicar de oficio el derecho foráneo o este ha de ser acreditado por las partes que contienden ante la jurisdicción. Y por último, el de qué consecuencias tiene, si es que tiene alguna, que no llegue a acreditarse el contenido y vigencia del derecho extranjero que ha de aplicarse para resolver las cuestiones objeto de discusión y debate ante nuestros órganos jurisdiccionales.

3. Sentado lo anterior debe hacerse de inmediato una precisión que justifica el título de nuestro trabajo. Ya que, aunque en sentido genérico se habla entre nosotros de prueba del derecho extranjero para tratar el tema que nos ocupa, no cabe equiparar la prueba sobre los hechos y la acreditación del derecho extranjero, que es lo que procede en relación con el derecho foráneo, tal y como se deduce de lo dispuesto en el artículo 33.3 de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJIMC en lo sucesivo) y se subrayaba en el párrafo segundo del artículo 12.6 del Código Civil antes de que fuese derogado por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (*cfr.* su disposición derogatoria única). De donde se sigue que, en el caso del derecho extranjero, más que de una actividad probatoria en sentido estricto debe hablarse de una colaboración en su justificación entre las partes que contienden y el órgano jurisdiccional llamado a resolver el litigio que les enfrenta¹. Cuestión distinta, claro está, es el alcance de dicha colaboración, aspecto al que posteriormente nos referiremos.

II. Concepto de derecho extranjero

4. Por lo que hace al primero de los interrogantes que antes referimos, debe subrayarse que derecho extranjero es el derecho de un país distinto al nuestro. Y, por supuesto, que no constituye derecho extranjero el derecho de la Unión Europea directamente aplicable en España, ni el contenido de los tratados y convenios internacionales que se encuentren íntegramente publicados en el «Boletín Oficial del Estado», toda vez que, desde ese instante, como disponen los artículos 96.1 de nuestra Constitución y 1.5 del Código Civil, forman parte de nuestro ordenamiento interno.

5. Si quisiéramos puntualizar algo más deberíamos matizar que derecho extranjero es el acordado por los legisladores de una nacionalidad distinta a la nuestra, lo que excluye que pueda considerarse como tal al aprobado por autoridades autonómicas de nuestro país que, a estos efectos, constituye sin duda derecho nacional.

6. Hablar de derecho extranjero supone, por tanto, referirse a las leyes, normas y principios que rigen en un país distinto al del tribunal o autoridad que está conociendo en un caso específico. En otras palabras, el derecho que no es propio del foro donde se desarrolla el procedimiento: el conjunto de normas jurídicas que rigen en un país distinto al nuestro; el derecho positivo de un Estado diferente al de aquel en el que se analiza, estudia o aplica.

III. ¿Alegación del derecho extranjero por las partes o aplicación de oficio por los tribunales españoles?

7. La respuesta a la segunda de las cuestiones antedichas precisa tener en cuenta que estamos ante un tema complejo que se encuentra regulado en tres cuerpos normativos diferentes.

8. En primer lugar ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 12.6 del Código Civil, precepto que dispone que la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre conforme

¹ Así lo subrayó hace años la STS de 3 de marzo de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:1494), de la que fue ponente el destacado procesalista Almagro Nosete.

a lo que disponga la ley española; que la remisión al derecho extranjero se entenderá realizada a su ley material; que en ningún caso tendrá aplicación la ley foránea cuando resulte contraria al orden público; que se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española; y que los tribunales españoles aplicarán de oficio las normas de conflicto de nuestro ordenamiento jurídico.

9. En segundo término ha de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), que establece que el derecho extranjero será objeto de prueba; y que debe acreditarse *«en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación»*.

10. Y finalmente debe tenerse presente lo señalado en los artículos 33 a 36 de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, de acuerdo con los cuales:

i) la prueba del contenido y vigencia del derecho extranjero se sujetará a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia;

ii) los tribunales han de determinar el valor probatorio de la prueba practicada para intentar acreditar dichos extremos de acuerdo con las reglas de la sana crítica;

iii) con carácter excepcional, en aquellos supuestos en que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del derecho extranjero, puede aplicarse el derecho español;

iv) ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre derecho extranjero, tiene carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles;

v) la información del derecho extranjero puede venir referida al texto, vigencia y contenido de la legislación, a su sentido y alcance, a la jurisprudencia, al marco procedural y de la organización judicial, así como a cualquier otro aspecto que sea jurídicamente relevante; y

vi) sin perjuicio de la posibilidad de comunicaciones judiciales directas, los órganos judiciales pueden solicitar a la autoridad central española información sobre un derecho foráneo que sea preciso conocer para dilucidar las cuestiones sobre las que deben pronunciarse, formulando al efecto una exposición detallada de los hechos que motivan la petición y los concretos elementos probatorios que se interesan, todo ello debidamente traducido al idioma de la autoridad requerida, pudiendo unir a la misma copias de aquellos documentos que se consideren imprescindibles para precisar su alcance.

En tal caso, dicha petición puede contener el ruego de que se acompañen informes de autoridades, dictámenes periciales de juristas expertos, jurisprudencia, textos legales certificados y cualquier otra información que se estime relevante, subrayando que, cuando se solicite un elemento probatorio que suponga un coste, este será a cargo de la parte requirente, a cuyo efecto podrá solicitarse una provisión de fondos.

11. El estudio conjunto de todos estos preceptos permite alcanzar diversas conclusiones de interés en el tema de nos ocupa.

Primera. Que los tribunales españoles han de aplicar de oficio las normas de conflicto de nuestro ordenamiento jurídico y, en consecuencia, que la aplicación de las mismas tiene carácter imperativo, no facultativo.

Segunda. Que ello supone que, si una norma de conflicto determina que, en un caso concreto, ha de aplicarse un determinada ley material extranjera para resolver las cuestiones objeto de debate ante la jurisdicción española, es dicha ley foránea la que debe aplicarse, no otra.

Tercera. Que si nuestros jueces y magistrados han de aplicar un derecho extranjero para dilucidar las cuestiones cuya resolución tienen encomendada, dicho derecho debe ser acreditado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación considere necesario para su aplicación.

Cuarta. Que la justificación de ambos extremos ha de sujetarse a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil.

Quinta. Que de conformidad con esta última norma, vigente desde hace más de diez años, para acreditar el contenido y vigencia del derecho foráneo pueden aportarse informes o dictámenes, que en ninguno caso tendrán carácter vinculante, que faciliten información sobre el texto en que se contiene, la

vigencia y contenido de la legislación extranjera, su sentido y alcance, la jurisprudencia que la interpreta y, en general, sobre cualquier otro aspecto que sea jurídicamente relevante.

Sexta. Que, sin perjuicio de la posibilidad de comunicaciones judiciales directas, los órganos judiciales pueden solicitar a la autoridad central española información sobre un derecho foráneo que sea preciso conocer para dilucidar las cuestiones sobre las que deben pronunciarse, formulando al efecto una exposición detallada de los hechos que motivan la petición *«y los concretos elementos probatorios que se interesan, todo ello debidamente traducido al idioma de la autoridad requerida»* (artículo 35.4 de la LCJIMC), pudiendo unir a la misma copias de aquellos documentos que se consideren imprescindibles para precisar su alcance.

Séptima. Y que, con carácter excepcional, en aquellos supuestos *«en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español»* (artículo 33.3 de la LCJIMC).

12. Ello implica que los jueces españoles deben aplicar el derecho extranjero que venga determinado por una norma de conflicto que forme parte de nuestro ordenamiento jurídico; que, no obstante, no cabe exigir a los jueces y magistrados españoles que conozcan el derecho de cualquier otro país diferente al nuestro; que, por tanto, en estos casos dicho derecho debe ser acreditado, al menos en cuenta a su contenido y vigencia; que la responsabilidad de hacerlo recae en las partes en disputa y, más en concreto, en aquella que solicite una concreta tutela; que los tribunales españoles pueden recabar información sobre la vigencia, contenido y cuanta información precisen sobre un derecho distinto al español; que el hecho de que nuestro ordenamiento disponga que ello es una posibilidad no les exime de la necesidad de adoptar una postura proactiva en la acreditación de la norma foránea; y que, con carácter excepcional y por tanto no ordinario, cuando las partes no hayan podido acreditar el contenido y actualidad del derecho extranjero, podrá aplicarse el derecho español.

13. Que no queda exigir los jueces y magistrados españoles que apliquen de oficio un derecho extranjero puede entenderse, al menos en un primer momento, en el sentido de que no tienen que aplicar la norma extranjera que sea aplicable para resolver el litigio cuya resolución tengan encomendado si la parte interesada no la alega ni justifica.

14. Sin embargo, no es esta la interpretación de gran parte de la doctrina procesal española, ni la solución adoptada en otros países.

15. En efecto.

16. A favor de que los jueces deban aplicar de oficio el derecho extranjero que, en virtud de una norma de conflicto, deba emplearse para resolver si procede conceder la tutela jurídica solicitada pueden esgrimirse diferentes argumentos. Entre otros, los siguientes:

i) El derecho extranjero es «derecho» y no deja de serlo porque regule las relaciones privadas de los ciudadanos de otra nacionalidad.

ii) Si el derecho extranjero es «derecho», debe ser tratado del mismo modo que el derecho del país donde debe aplicarse.

iii) De lo anterior se sigue que los jueces del país donde se suscite el conflicto deben aplicar de oficio el derecho foráneo, supliendo la dificultad que conlleva su conocimiento a través de los mecanismos de auxilio judicial y de los medios de información de que se disponen hoy en día.

17. Las consecuencias procesales que se derivan de lo anterior son claras:

i) Si el derecho extranjero es «derecho» y debe ser tratado del mismo modo que el derecho del país donde debe aplicarse, el juez debe aplicarlo sea o no sea invocado por las partes.

ii) Al igual que sucede con el derecho nacional, cuyo conocimiento se presupone (excepción hecha de la costumbre, que debe ser probada salvo que las partes estén conformes en su existencia y contenido y sus normas no afecten al orden público [vid. el artículo 281.2 de Ley de Enjuiciamiento Ci-

vil]], si el juez no conoce el derecho extranjero que viene determinado por una norma de conflicto debe averiguarlo a través de los medios que tenga a su alcance.

iii) Las partes están exentas de la carga de alegar y probar el derecho extranjero aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate ante la jurisdicción.

18. Como han señalado CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, a favor de un sistema en el que el juez deba probar de oficio el derecho extranjero juegan importantes argumentos, de entre los que destacan dos. De un lado, el creciente número de litigios en los que es preciso aplicar el derecho de un país distinto al del foro. De otro, el incesante incremento de normas de conflicto que en los últimos años están dictando las autoridades comunitarias europeas, que solo pueden ser efectivas si se garantiza su aplicación y, por ende, el del ordenamiento jurídico que de conformidad con las mismas ha de tenerse en cuenta para la resolución de un litigio.

19. La consecuencia de lo expuesto es clara y así lo señalan dichos profesores²: es altamente probable que, en un futuro próximo, las autoridades europeas impongan la prueba de oficio del derecho extranjero en todos los países que integran la Unión Europea, algo que, a su juicio, podrían hacer con apoyo en lo dispuesto en el artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³.

20. Por lo demás, no son pocos los ordenamientos jurídicos que secundan este punto de vista.

21. Así sucede, por ejemplo, cerca de nuestras fronteras:

– Alemania⁴,

² A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles», *Estudios de Deusto*, Vol. 54/2, julio-diciembre (2006), pp. 61-109.

³ El citado precepto dispone:

«1. La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

2. A los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar:

a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución;
b) la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales;
c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción;
d) la cooperación en la obtención de pruebas;
e) una tutela judicial efectiva;

f) la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros;

g) el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios;

h) el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá adoptar una decisión que determine los aspectos del Derecho de familia con repercusión transfronteriza que puedan ser objeto de actos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

La propuesta a que se refiere el párrafo segundo se comunicará a los Parlamentos nacionales. En caso de que un Parlamento nacional notifique su oposición en los seis meses posteriores a la comunicación, la decisión no será adoptada. En ausencia de oposición, el Consejo podrá adoptar la decisión».

⁴ En Alemania, el §293 del Código de Procedimiento Civil prevé a este respecto:

«Das in einem anderen Staat geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind. Bei Ermittlung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen»

«El derecho vigente en otro Estado, así como el derecho consuetudinario y los estatutos, sólo exigen prueba en la medida en que sean desconocidos por el tribunal. Al determinar esas normas jurídicas, el órgano jurisdiccional no está limitado a las pruebas aportadas por las partes; está facultado para utilizar otras fuentes de conocimiento y para ordenar lo necesario para hacer uso de dichas fuentes».

- Austria,
- Bélgica⁵,
- Italia⁶,
- Suiza⁷ y Portugal⁸.

22. Fuera del ámbito europeo tiene especial relevancia la Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979⁹, cuyo artículo 2 establece la obligación de que los jueces y autoridades de los Estados parte apliquen el derecho extranjero *«tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada»*, instrumento que hasta la fecha ha sido ratificado por Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

23. No son pocos por tanto los países que acogen esta solución, como certifica esta muestra que, como es lógico, no es, ni pretende, ser exhaustiva.

24. Tampoco son escasos los procesalistas españoles que apuestan por esta opción como la más idónea.

⁵ En Bélgica, el artículo 15 de su código de derecho internacional privado de 16 de julio de 2004, establece:

«§ 1er. Le contenu du droit étranger désigné par la présente loi est établi par le juge. Le droit étranger est appliqué selon l'interprétation reçue à l'étranger.

§ 2. Lorsque le juge ne peut pas établir ce contenu, il peut requérir la collaboration des parties. Lorsqu'il est manifestement impossible d'établir le contenu du droit étranger en temps utile, il est fait application du droit belge»

«§ 1er. El contenido del derecho extranjero designado por la presente Ley es establecido por el juez. El derecho extranjero se aplica de acuerdo con la interpretación recibida en el extranjero.

§ 2. Cuando el juez no pueda establecer su contenido, podrá requerir la cooperación de las partes. Cuando sea manifestamente imposible establecer oportunamente el contenido de la ley extranjera, se aplicará del derecho belga».

⁶ En Italia, el artículo 14.1 de la Ley número 218 de 31 de mayo de 1995, referido a la aplicación de la ley extranjera, determina:

«1. L'accertamento della legge straniera e compiuto d'ufficio dal giudice. A tal fine questi puo> avvalersi, oltre che degli strumenti indicati dalle convenzioni internazionali, di informazioni acquisite per il tramite del Ministero di grazia e giustizia; può altresì interpellare esperti o istituzioni specializzate».

«1. La determinación de la ley extranjera corresponde al juez de oficio. A tal efecto, además de los instrumentos indicados por los convenios internacionales, podrá hacer uso de la información obtenida a través del Ministerio de Gracia y Justicia; también puede consultar a expertos o instituciones especializadas».

⁷ En Suiza, el artículo 16 de la Ley federal sobre el derecho internacional privado, de 18 de diciembre de 1987, dispone:

«1 Le contenu du droit étranger est établi d'office. À cet effet, la collaboration des parties peut être requise. En matière patrimoniale, la preuve peut être mise à la charge des parties.

2 Le droit suisse s'applique si le contenu du droit étranger ne peut pas être établi».

«1. El contenido de la ley extranjera se establece de oficio. A tal fin, podrá ser necesaria la cooperación de las partes. En materia patrimonial, la carga de la prueba puede recaer en las partes.

2. Si no se puede establecer el contenido del derecho extranjero se aplicará el derecho suizo».

⁸ El artículo 348 del Código Civil portugués dispone:

«1. Àquele que invocar direito consuetudinário, local, ou estrangeiro compete fazer a prova da sua existência e conteúdo; mas o tribunal deve procurar, oficiosamente, obter o respectivo conhecimento.

2. O conhecimento oficioso incumbe também ao tribunal, sempre que este tenha de decidir com base no direito consuetudinário, local, ou estrangeiro e nenhuma das partes o tenha invocado, ou a parte contrária tenha reconhecido a sua existência e conteúdo ou não haja deduzido oposição.

3. Na impossibilidade de determinar o conteúdo do direito aplicável, o tribunal recorrerá às regras do direito comum português».

«1. La persona que invoque el derecho consuetudinario, local o extranjero deberá probar su existencia y contenido; Sin embargo, el órgano jurisdiccional debe tratar de obtener conocimiento de ella de oficio.

2. El órgano jurisdiccional también será competente para examinar de oficio cuando deba pronunciarse sobre la base del Derecho consuetudinario, nacional o extranjero y ninguna de las partes lo haya invocado, o la parte contraria haya reconocido su existencia y contenido o no haya formulado objeciones.

3. Si no es posible determinar el contenido de la ley aplicable, el órgano jurisdiccional recurirá a las normas del derecho común portugués».

⁹ Vid. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-45.html>

25. Entre otros, RAMOS MÉNDEZ («...el juez tiene la obligación de investigar de oficio el derecho extranjero aplicable al caso. (...) Esta investigación de oficio del derecho extranjero no supone más que la vigencia sin concesiones del principio *iura novit curia*»¹⁰); ALONSO-CUEVILLAS («la naturaleza del derecho extranjero como una cuestión de derecho nos parece fuera de toda duda, debiendo consecuentemente regir, también para el derecho extranjero, el principio *iura novit curia*»¹¹); CERRATO GURI («En nuestra opinión, ...la única solución posible para esclarecer el problema de la confusa regulación de la prueba del derecho extranjero es llevar a cabo un cambio legislativo que determine de manera más concreta la aplicación de oficio del derecho extranjero por ser ésta una cuestión de derecho no sujeta al principio de aportación de parte, tal y como sucede en otros derechos comparados»¹²); y MONTERO AROCA («el juez tiene el deber de investigar de oficio el derecho aplicable, como se desprende del artículo 281.2 de la LEC. Con referencia al derecho extranjero el artículo dicho dispone, primero, que la parte que lo invoque debe probarlo en su contenido y vigencia por los medios de prueba normales y, luego, que el juez debe valerse además de cuantos medios de averiguación estime necesarios. Esta disposición debe generalizarse a todos los casos en que es tema de prueba una norma jurídica»¹³).

26. No es esta, sin embargo, la tesis acogida por nuestro Tribunal Supremo, que mantiene que, en nuestro país, el empleo de los medios de averiguación del derecho extranjero es una facultad, pero no una obligación para el tribunal. Y, por tanto, que «No puede alegarse como infringido el art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque el tribunal no haya hecho averiguaciones sobre el Derecho extranjero» (entre las más recientes: SSTS de 20 de julio de 2021 [ECLI:ES:TS:2021:3073], Pte. Sr. Vela Torres; y 27 de julio de 2021 [ECLI:ES:TS:2021:3188], Pte. Sr. Díaz Fraile), que citan a este respecto la STS de 20 de mayo de 2015 [ECLI:ES:TS:2021:3073], Pte. Sr. Orduña Moreno, que se refiere a su vez a la STS de 17 de abril de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:1868], Pte. Sr. Saraza Jimena, que aplica la doctrina jurisprudencial «que resulta de sentencias de este tribunal tales como las núm. 436/2005, de 10 de junio; de 4 de julio de 2006, recurso núm. 2421/1999; núm. 797/2007, de 4 de julio; núm. 338/2008, de 30 de abril; núm. 390/2010, de 24 de junio , y núm. 528/2014, de 14 de octubre»).

27. De igual modo se pronuncian otros destacados procesalistas. Entre otros, GARCIMARTÍN MONTERO, quien alaba que la actual ley procesal civil se ocupe de esta materia, considera que el único avance claro que contiene es el de consagrar la posibilidad de que el juez haga uso de los medios de averiguación que considere idóneos para conocer la norma extranjera aplicable y considera que hubiese sido deseable que diese un paso más y obligase a los tribunales a realizar averiguaciones sobre la norma extranjera, sin perjuicio de que las partes pudiesen proponer prueba al respecto¹⁴; LÓPEZ SIMÓ, quien mantiene que, de acuerdo con lo dispuesto en la vigente LEC, el derecho extranjero debe intentar probarse siempre a través de los medios de prueba propuestos por las partes, pero que si el tribunal considera que estos son insuficientes, puede proceder a investigar tales normas con los instrumentos que tenga a su alcance¹⁵, parecer que comparten ASENCIO MELLADO, quien añade que, si el tribunal conoce la norma extranjera, «podrá aplicarla sin necesidad de acreditación concreta. La ciencia privada en este caso, pues, no queda excluida por el carácter público y general del derecho»¹⁶, y GÓMEZ COLOMER¹⁷; OR-

¹⁰ F. RAMOS MÉNDEZ, «La prueba del derecho extranjero», *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 3, julio/septiembre (1980), p. 667. En parecidos términos, P. P. MIRALLES SANGRO, *Aplicación del derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 205.

¹¹ J. ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL, *Las normas jurídicas como objeto de prueba: tratamiento procesal del derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil español*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 65.

¹² E. CERRATO GURI, «El *onus probandi* del derecho extranjero», en J. PICÓ I JUNOY (Director), *Práctica de la prueba del Derecho extranjero*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, p. 92.

¹³ J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 7ª ed., Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor-Navarra, 2012, p. 96.

¹⁴ R. GARCIMARTÍN MONTERO, en F. CORDÓN MORENO, T. ARMENTA DEU, J. MUERZA ESPARZA e I. TAPIA FERNÁNDEZ, *Commentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor- Navarra, 2001, pp. 1002 y 1003. También en: *El objeto de la prueba en el proceso civil*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1997, pp. 95-118.

¹⁵ F. LÓPEZ SIMÓ, *Disposiciones generales sobre la prueba*, Ed. La Ley, Madrid, 2001, pp. 56 y 57.

¹⁶ J. M. ASENCIO MELLADO, en VV.AA., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2024, p. 233.

¹⁷ J.-L. GÓMEZ COLOMER, en VV.AA., *Procesal Civil. Derecho Procesal II*, 4ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2024, p. 229.

TELLS RAMOS, quien considera que el artículo 281.2 de la LEC establece la coexistencia de la prueba de la existencia y del contenido de la ley extranjera por parte de quien la invoque, con la potestad por parte del órgano jurisdiccional de investigarla de oficio¹⁸; GIMENO SENDRA y MORENILLA ALLARD, quienes consideran que en esta materia «ha de regir la carga material de la prueba, esto es..., si el resultado final de la actividad probatoria desplegada por las partes no conduce a la acreditación de la vigencia y contenido de la norma extranjera aplicable al caso y, por tanto, el juzgador tiene una duda insalvable sobre la misma (que no puede disiparse ni con la prueba de oficio), deberá dictar Sentencia en contra de la parte sobre la que recaía la carga formal de su acreditación»¹⁹; BONET NAVARRO («...en principio, a la parte corresponde la carga de la prueba de este derecho extranjero, si bien el tribunal queda autorizado para fijar la determinación de la norma aplicable mediante su conocimiento privado, así como a realizar averiguaciones sobre la vigencia y contenido del derecho extranjero y a no quedar vinculado por eventuales acuerdos de las partes...»)²⁰; CORTÉS DOMÍNGUEZ («...nuestra ley no establece el deber de investigar el derecho extranjero, ni tampoco crea el deber de que las partes asistan al juez en su investigación (...) la ley establece la carga de acreditar que el derecho extranjero tiene el contenido y la vigencia que se afirma en el proceso, y permite que el juez realice cuanta actividad probatoria entienda que es necesaria para convencerse de que efectivamente el derecho extranjero es y tiene el contenido que resulta de la prueba practicada. Estamos, por tanto, ante una prueba semiplena en la que la parte correspondiente tiene que ofrecer al juez la probabilidad del contenido y de la vigencia de las normas extranjeras»)²¹; y LORCA NAVARRETE («...el derecho extranjero es fuente de prueba de la que surge la necesidad de acreditar su contenido y vigencia por las partes personadas en el proceso civil...»)²².

28. El tema es complejo y, como vemos, discutido.

29. A nuestro parecer, cualquier posicionamiento serio sobre esta materia debe tener presente una serie de premisas que pasamos a desarrollar:

Primero. El carácter extranjero de una norma jurídica no le priva de su naturaleza normativa: sigue siendo derecho. Esta afirmación, en apariencia obvia, reviste importancia capital cuando se examina el papel del derecho extranjero en los procesos jurisdiccionales nacionales.

Segundo. Cuando una norma de conflicto, que tiene carácter imperativo, determina que un ordenamiento jurídico ajeno al propio debe regir una determinada relación jurídica debatida ante los tribunales españoles, dicho mandato ha de cumplirse en sus propios términos, sin que quepa sustituir esa legislación extranjera por otra, salvo que exista una justificación legalmente admisible.

Tercero. Resulta innegable que los jueces españoles están obligados a conocer el derecho nacional²³, pero no se les puede exigir un conocimiento exhaustivo de todos los ordenamientos jurídicos extranjeros existentes. Y menos aún con el nivel de detalle y precisión requeridos para aplicarlos adecuadamente sin mediación alguna.

Cuarto.- Precisamente por lo anterior, la aplicación de una norma extranjera, aunque impuesta por una disposición imperativa del derecho internacional privado, exige que se acredite tanto su contenido como su vigencia en el momento de su eventual aplicación judicial.

Quinto. Que supone un error conceptual grave equiparar las normas jurídicas extranjeras a los hechos a efectos de prueba. Las primeras deben ser acreditadas solo en la medida en que sean desconocidas para el juez. Si este, por la razón que fuere, posee un conocimiento suficiente y preciso de las

¹⁸ M. ORTELLS RAMOS, en VV.AA., *Derecho Procesal Civil*, 2^a ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor-Navarra, 2001, p. 371.

¹⁹ V. GIMENO SENDRA y P. MORENILLA ALLARD, *Derecho Procesal Civil, I, El proceso civil de declaración, Parte General*, 2^a ed., Ed. Colex, Madrid, 2007, p. 405.

²⁰ J. BONET NAVARRO, *La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009, p. 138.

²¹ V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Civil. Parte general*, 11^a ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2021, p. 211.

²² A. M^a. LORCA NAVARRETE, *Conceptos básicos del proceso civil II*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2023, p. 30.

²³ Como señaló STEIN, «En relación con el derecho positivo nacional, el juez tiene un absoluto e ilimitado deber de conocimiento sobre su existencia y contenido» (F. STEIN, *El conocimiento privado del juez*, traducción y notas de Andrés de la Oliva Santos, Ediciones Universidad de Navarra, SA, Pamplona, 1973, p. 235).

mismas, se encuentra obligado a aplicarlas, aun cuando las partes no las hayan invocado²⁴. Del mismo modo, si las partes alegan la existencia de ciertas normas extranjeras, el juez no está constreñido a aplicarlas automáticamente si estima, con base fundada, que tales normas no resultan aplicables o no se corresponden con la realidad jurídica extranjera vigente²⁵.

Sexto. Esta situación permite afirmar que el juez puede investigar de oficio el contenido y vigencia de la norma extranjera aplicable. Dicha facultad no excluye, sino que coexiste con la actividad probatoria de las partes. Así se desprende del tenor del artículo 281.2, *in fine*, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite colegir que, si las partes han logrado justificar con solvencia la normativa extranjera pertinente, el órgano judicial no precisa hacer uso de esa facultad. Sin embargo, si no lo han hecho, aunque no esté legalmente compelido a investigar por sí mismo, no queda exonerado de agotar diligentemente todos los medios disponibles a su alcance para esclarecer el contenido y vigencia de dicha normativa²⁶. Una actitud pasiva o negligente por parte del juez en esta materia podría tener como resultado que no se aplique el derecho material efectivamente llamado a regir el fondo del litigio -derecho cuya aplicación viene impuesta por una norma imperativa-, y con ello verse comprometido el derecho fundamental de las partes a obtener una tutela judicial efectiva²⁷.

Esta exigencia resulta aún más patente en aquellos supuestos en los que una de las partes ha desplegado razonablemente todos los esfuerzos que estaban a su alcance para justificar el contenido del derecho extranjero aplicable o cuando la parte beneficiaria ostenta el derecho a la asistencia jurídica gratuita gratuita²⁸. En este último caso, resulta previsible que carezca de los medios económicos necesarios para sufragar los costes que pueden derivarse de la acreditación de los extremos exigidos por la ley.

²⁴ La determinación del derecho aplicable para la resolución de un caso no depende del ordenamiento que las partes invoquen o dejen de invocar, sino de las normas y principios jurídicos que rigen en una sociedad. Por lo que, si las normas y principios jurídicos que rigen en la nuestra determinan que el derecho sustantivo aplicable a un pleito es el de otro país, y no el nuestro, es ese el que nuestros tribunales deben aplicar, lo quieran o no las partes en conflicto, y, por tanto, independientemente de que éstas lo invoquen o dejen de invocar. En igual sentido: SSTS de 10 de junio de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:3760), Pte. Sr. Ferrández Gabriel; 4 de julio de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:4079), Pte. Sra. Roca Trías; y 1 de abril de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:1805), Pte. Sr. Seijas Quintana.

²⁵ GÓMEZ ORBANEJA lo explicó en su día con suma claridad: «Pero sería erróneo equiparar, a efectos de prueba, las “máximas de la experiencia” y las normas jurídicas con los hechos. La norma extranjera o consuetudinaria es sólo materia de prueba en la medida que le sea desconocida al juez. Nada sería tan ilógico como aplicar estrictamente respecto de ella los principios de aportación de parte y dispositivo que rigen para la prueba de los hechos. ¿Es que el juez va a partir en su sentencia, digamos, de una pretendida disposición del Código Civil francés, que él sepa que éste no contiene, sólo porque su existencia no sea controvertida por la parte contraria a la que la alegue? ¿Es que va a dejar de aplicar una disposición que él, por su conocimiento privado, sabe que en efecto existe, sólo porque el litigante que tenía que probarla no lo haya hecho? Por tanto, respecto de la prueba de la norma debe regir el principio de investigación de oficio, el cual no es incompatible con la actividad probatoria de las partes, sino que condiciona su resultado, como el proceso penal nos muestra» (E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, volumen primero, Parte General - El proceso declarativo ordinario, 8^a ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1976, p. 294).

²⁶ Existen diversos convenios internacionales que, bien expresamente, bien de forma tangencial, facilitan la prueba del derecho extranjero. Entre otros, el Convenio Europeo acerca de la Información sobre el Derecho extranjero, hecho en Londres el 7 de junio de 1968 («BOE» núm. 240, de 7 de octubre de 1974), que establece en sus artículos 3 y siguientes un cauce para que una autoridad judicial de un Estado miembro que esté conociendo de un asunto en el que se tenga que probar un derecho extranjero pueda solicitar a otro Estado miembro la prueba del mismo; el Protocolo adicional al Convenio Europeo acerca de la Información sobre el Derecho Extranjero (Estrasburgo, 15 de marzo de 1978 - «BOE» núm. 150, de 24 de junio de 1982); la Convención Iberoamericana de 8 de mayo de 1979, sobre prueba e información acerca del Derecho Extranjero, hecha en Montevideo («BOE» núm. 11, de 13 de enero de 1988); el Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997 («BOE» núm. 151, de 25 de junio de 1997); y el Convenio de Cooperación Jurídica entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, hecho en Montevideo el 4 de noviembre de 1987 («BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1998).

²⁷ En tal sentido, la STC de 17 de enero de 2000 (ECLI:ES:TC:2000:10), Pte. Sra. Casas Baamonde, advierte que existen supuestos en los que el uso de dicha facultad «puede trascender de la mera legalidad ordinaria en la que inicialmente debe situarse para alcanzar la decisión del órgano judicial sobre el uso de la facultad que el precepto civil le confiere relevancia constitucional a la luz del art. 24 CE, puesto que esa decisión deberá adoptarse siempre condicionada por la obligación del órgano judicial de prestar a las partes en el proceso judicial del que conozca una efectiva tutela de sus derechos e intereses legítimos, en particular cuando la aplicación del derecho extranjero resulta debida por imposición del propio ordenamiento jurídico español y como consecuencia de lo alegado por las partes en el litigio», agregando más adelante que, en algunos supuestos, es exigible a los órganos judiciales «una más activa participación en la consecución de dicha prueba una vez que la parte aportó un principio de prueba».

²⁸ Téngase en cuenta que el beneficio de justicia gratuita no incluye, entre otros gastos, los determinados por la traducción fidedigna de documentos.

En otras palabras, el principio dispositivo es esencial para el proceso civil y su funcionalidad, pero no debe interpretarse como una invitación a la pasividad judicial. El juez no puede limitarse a contemplar de manera inerte el desenvolvimiento procesal de las partes. Si nuestro ordenamiento jurídico dispone que, en virtud de normas de conflicto imperativas, ha de aplicarse un derecho extranjero en la resolución de un litigio sometido a jurisdicción española, su aplicación no puede quedar condicionada exclusivamente a que las partes acrediten de manera espontánea y exhaustiva su contenido y vigencia. Los jueces deben asumir una actitud activa en la determinación de tales extremos. Si bien su conocimiento especializado se circumscribe legítimamente al derecho nacional, ello no los exime de la obligación de intentar conocer la normativa extranjera aplicable cuando no dispongan de un conocimiento directo y suficiente de la misma, siempre que ello no implique una carga desproporcionada²⁹.

No estamos, desde luego, ante una problemática novedosa. Tampoco son admisibles soluciones mecánicas o de rutina. Como ya advirtiera YANGUAS MESSÍA hace más de seis décadas, el abandono de la aplicación del derecho extranjero al arbitrio de las partes conduce a una situación en la que normas de conflicto que el legislador ha revestido de carácter imperativo quedan, en la práctica, desprovistas de eficacia: «Las normas de Derecho internacional privado que el legislador quiso investir de valor imperativo, quedan así entregadas al arbitrio de las partes. Unas veces por ignorancia, otras por malicia, el Derecho extranjero declarado competente por la norma de conflicto del propio juez podrá no ser alegado por las partes, y el juez, conforme a esta viciosa y extendida jurisprudencia, permanecerá indiferente y pasivo, consagrando la violación de una norma obligatoria de su legislador, que le prescribe aplicar una ley extranjera»³⁰.

IV. Consecuencias de que no se acredite la ley material extranjera

30. Nuestro sistema no obliga pues a los jueces españoles a averiguar el contenido, vigencia y exacta interpretación de las normas extranjeras aplicables a un caso, pero sí prevé (i) que deben resolver los asuntos que tengan encomendados *«conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes»* (artículo 218,1, II de la LEC) y, en consecuencia, con arreglo a las normas jurídicas que en cada caso corresponda, hayan sido o no aducidas por las partes; (ii) que ello implica que, si la aplicación de un derecho foráneo viene determinada por una norma de conflicto vigente en nuestro país, es este el que se debe tener en cuenta para dilucidar la solicitud de tutela suscitada por el actor; (iii) que, con carácter general, ha de practicarse prueba para acreditar el contenido y vigencia del derecho extranjero (artículos 281.2 de la LEC y 33.2 de la LCJIMC); (iv) que los tribunales pueden valerse de cuantos medios de averiguación consideren necesarios en orden a la aplicación de la ley sustitutiva extranjera que deba administrarse (artículo 281.2 de la LEC); y (v) que *«Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español»* (artículo 33.3 de la LCJIMC).

31. A nuestro parecer, ello determina que son las partes las que deben acreditar el contenido y vigencia del derecho extranjero aplicable al caso; que, en aquellos supuestos, ciertamente insólitos, en que ello no les sea posible, los jueces y magistrados deben hacer todo lo que esté a su alcance para intentar justificar dichos extremos; y que solo en aquellas hipótesis, ciertamente excepcionales, en que ni siquiera así sea posible determinarlos, ha de aplicarse el derecho material español para solventar el fondo del asunto.

32. La regla, por tanto, es que el asunto que deba resolverse conforme a una norma extranjera, por determinarlo así una norma de conflicto aplicable en nuestro país, sea resuelto conforme a dicha norma; que son las partes que disputan ante la jurisdicción española las que tienen la carga de acreditar su contenido y vigencia, singularmente las que solicitan una concreta tutela jurisdiccional; que los

²⁹ En igual sentido: E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, «Tratamiento procesal del derecho extranjero en el Título Preliminar del Código Civil», *Anuario de Derecho Internacional II-1975*, Universidad de Navarra: Facultad de Derecho, p. 50.

³⁰ J. DE YANGUAS MESSÍA, *Derecho internacional privado, Parte General*, 2^a ed., Ed. Reus, Madrid, 1958, p. 335.

tribunales pueden y deben colaborar en la determinación de ambos extremos cuando las partes *de facto* no consigan hacerlo, lo que implica que lo intenten, y no de cualquier manera, sino de forma decidida y firme; y que, en aquellas hipótesis ciertamente excepcionales, en que, ni aun así sea posible conocer con el detalle y precisión necesarios cuál es el contenido de la norma aplicable y si esta se encuentra vigente, como solución subsidiaria, puede aplicarse el derecho español.

33. Analicemos con mayor detalle lo que acabamos de apuntar.

34. La atribución de la carga de justificar el contenido y vigencia del derecho extranjero recae, de forma general, sobre las partes procesales. Tal conclusión se deriva no solo del principio dispositivo que rige en el proceso civil, sino también de la lógica estructural del mismo: son las partes quienes deben alegar los hechos sobre los que pretenden fundar sus pretensiones y quienes deben acreditar los hechos controvertidos. Esta responsabilidad encuentra reflejo positivo en nuestro ordenamiento jurídico, que impone a los litigantes el deber de colaborar activamente en la determinación del marco normativo aplicable, cuando este no emana del derecho interno.

35. Conviene aclarar, sin embargo, que esta carga no se extiende a la prueba de la norma de conflicto que determina la aplicabilidad del ordenamiento extranjero. Estas normas tienen carácter imperativo, y como tales, deben ser obligatoriamente observadas por el juzgador, se aleguen o no por los litigantes. La imperatividad de las normas de conflicto exime a las partes de su alegación, pero no las libera de la carga de probar el contenido sustantivo del derecho extranjero resultante de su aplicación³¹.

36. Así pues, una vez determinado, mediante una norma de conflicto imperativa, que debe aplicarse un ordenamiento jurídico extranjero para resolver el litigio, corresponde a las partes -y en especial a aquella que formula una pretensión que requiere su aplicación- acreditar el contenido, vigencia y sentido interpretativo de la norma sustantiva foránea. Esta exigencia no deriva de una opción valorativa arbitraria, sino de un mandato legal expresamente establecido por el legislador español.

37. Es cierto que en estos supuestos los jueces tienen el deber de intentar conocer el derecho extranjero aplicable. Existen en nuestro ordenamiento diversas herramientas jurídicas que permiten al juez cumplir con esta función, entre ellas los convenios internacionales suscritos por España -como el Convenio Europeo sobre Información del Derecho Extranjero de Londres de 1968- o mecanismos de cooperación jurídica internacional. Por tanto, el órgano jurisdiccional debe recurrir a tales instrumentos y explorar todas las vías razonables a su alcance para dotar de contenido a la norma extranjera designada por la norma de conflicto, sin que sea admisible una actitud pasiva o negligente.

38. Ahora bien, este esfuerzo judicial no puede -ni debe- excluir la implicación activa de las partes en la acreditación del derecho extranjero. La actitud de los litigantes, ya sea diligente o indolente, activa o apática, debe ser valorada en sede judicial a efectos de la resolución del litigio. Si el comportamiento procesal de las partes no influye en modo alguno en la solución judicial, si la aportación o ausencia de elementos probatorios sobre el derecho extranjero carece de consecuencias prácticas, ¿qué incentivo real tendrían los litigantes para cumplir con una obligación que, como dispone expresamente el artículo 33 de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, les incumbe?

39. De tolerarse tal omisión sin consecuencia alguna, si las partes pueden no hacer nada sin que ello tenga consecuencias y el esfuerzo acreditativo queda en manos del voluntarismo de la autoridad judicial, a la que nuestro ordenamiento no le impone que averigüe de oficio cuál es el contenido y exacta

³¹ En efecto. El derecho extranjero no ha de ser alegado por las partes para que los jueces deban tenerlo en cuenta. «Lo que han de alegar las partes son hechos que, por la concurrencia de elementos extranjeros, se subsuman bajo la previsión de la norma de conflicto. Basta con tal alegación para que, como efecto de dicha norma, se considere que el litigio debe resolverse según el derecho extranjero en la misma designado» (SSTS de 10 de junio de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:3760), Pte. Sr. Ferrández Gabriel; y 1 de abril de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:1805), Pte. Seijas Quintana).

interpretación de la norma extranjera, ni si está o no vigente, la solución que la ley española prevé como inusual, insólita o extravagante acabará siendo la habitual, la ordinaria, contraviniendo de forma clara la *ratio legis*.

40. Por todo ello, la conducta procesal que adopten las partes en relación con la determinación del derecho extranjero resulta jurídicamente relevante y debe ser valorada en la decisión judicial.

41. Es cierto que puede darse el supuesto, poco frecuente, pero no descartable, de que las partes -al preparar la demanda y la contestación- no adviertan que el litigio debe resolverse conforme a un ordenamiento jurídico distinto al español. En tales casos, si el juez percibe la aplicabilidad de un derecho extranjero, debe advertírselo a las partes en el momento procesal oportuno. En los juicios ordinarios, ello deberá producirse en la audiencia previa; en los juicios verbales, en la vista. Este deber de advertencia no solo permite preservar el derecho de defensa, sino que habilita a las partes a redirigir sus estrategias procesales y a solicitar la práctica de los medios de prueba pertinentes para acreditar los extremos necesarios³². Si para ello fuera necesario suspender el acto procesal, deberá hacerse por el tiempo mínimo imprescindible.

42. La dificultad sobreviene cuando, aun habiéndose dado la advertencia judicial, o incluso sin que esta fuera necesaria, la parte a quien incumbe justificar el contenido y vigencia del derecho extranjero no lo hace. En otras palabras, cuando quien detenta la carga probatoria no cumple con ella. En estos supuestos, el juez no puede suplir dicha omisión sin quebrantar el principio de igualdad procesal, ni sustituir sin más la carga de la prueba que corresponde a los litigantes. Ello no impide que, dentro de los márgenes del principio de colaboración judicial, el órgano judicial pueda intentar la obtención del contenido del derecho extranjero. Pero tal posibilidad no exime a las partes de su deber de prueba.

43. ¿Cuál es la solución jurídica más ajustada en este caso?

44. Si se piensa con detenimiento enseguida se concluirá que no existe una única respuesta, ya que pueden darse situaciones muy distintas y cada una merece ser debidamente ponderada.

45. Puede suceder, en primer lugar, que la parte interesada en la aplicación de una norma extranjera no proponga prueba alguna para acreditar su contenido y vigencia. También puede ocurrir que lo haga, pero de manera ineficaz o defectuosa. Y, finalmente, puede acontecer que, a pesar de haber actuado con la diligencia exigible, no logre acreditar los extremos requeridos por causas que no le son imputables.

46. Desde una perspectiva jurídica, las dos primeras situaciones deben ser objeto de un tratamiento distinto al del tercer supuesto. En efecto, cuando la parte actúa de forma omisa o negligente, la consecuencia jurídica más razonable y conforme con el sistema procesal español es la desestimación de su pretensión³³. Solo en aquellos casos en que se haya desplegado un esfuerzo acreditativo serio y razonable, sin éxito por circunstancias objetivas, podrá valorarse una solución judicial distinta.

47. En nuestra opinión, la solución que aboga por desestimar la demanda en los casos en que no se acredita el contenido del derecho extranjero -o se hace de forma deficiente- se sustenta en razones bien fundamentadas.

³² En igual sentido: J. PICÓ I JUNOY, «La prueba del Derecho extranjero: ¿dónde está el problema?», en J. PICÓ I JUNOY (Director), *Práctica de la prueba del Derecho extranjero*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, p. 23.

³³ En relación con esta cuestión, el auto de 20 de julio de 2022 de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2022:11783A), Pte. Sra. Ureste García, contiene un *obiter dicta* de singular relevancia: «En otras palabras, lo que esta Sala razona es que la doctrina correcta, ya unificada, se contenía en la sentencia de la Sala General de 22 de mayo de 2001, en la que se establecía que en ausencia de prueba del derecho extranjero por la parte que lo alega o pretende su aplicación, la consecuencia no será la aplicación del derecho español, sino la desestimación de la pretensión».

48. En primer lugar, en que los tribunales españoles no están obligados a determinar de oficio el contenido y vigencia del derecho extranjero, ni a aplicar automáticamente el derecho nacional como supletorio. Sí están obligados, no obstante, a aplicar de oficio las normas de conflicto internas y a realizar una labor activa de averiguación razonable del derecho extranjero aplicable. Esta actividad, sin embargo, no sustituye el deber primario de las partes, quienes deben acreditar dicho contenido si desean obtener una tutela jurisdiccional favorable.

49. En segundo término, en que constituye un incentivo a la diligencia procesal. Cualquier otra solución facilita que los litigantes puedan eludir su deber procesal sin afrontar responsabilidad alguna. En cambio, la desestimación de la demanda promueve la implicación activa de las partes en el proceso probatorio, particularmente cuando el asunto debe resolverse conforme a lo previsto en un ordenamiento jurídico foráneo.

50. En tercer lugar, en el carácter excepcional de la solución prevista en el artículo 33.3 de la LCJIMC. El precepto establece que únicamente podrá aplicarse el derecho español cuando no se haya logrado acreditar el contenido del derecho extranjero. Este supuesto extraordinario presupone que se haya intentado activamente cumplir con la carga probatoria, lo que excluye aquellos casos en los que la parte ha actuado con apatía o no ha desplegado el mínimo esfuerzo exigible.

51. Y, finalmente, porque es una solución plenamente respetuosa con el contenido del artículo 24.1 de la CE³⁴ que, como es sabido, exige de los órganos jurisdiccionales una respuesta razonable, motivada, fundada en derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes durante la sustanciación del proceso³⁵. Y la desestimación de la demanda, en los supuestos antes mencionados, sin duda lo es, tal y como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, al significar que se trata de «una aplicación razonada y razonable de la legalidad ordinaria aplicable al caso»³⁶.

52. En consecuencia, cuando una parte fundamenta su pretensión en el derecho nacional, omitiendo la referencia a las normas extranjeras que, por imperativo de la norma de conflicto, deberían regir el litigio, la desestimación de su demanda es procedente. Lo mismo ocurre si invoca el derecho extranjero, pero no logra acreditar ni su contenido ni su vigencia por causas atribuibles a su pasividad o falta de diligencia.

53. En ambos casos, este desenlace es jurídicamente legítimo y respetuoso con los principios fundamentales del proceso. Pues desestimar una pretensión porque la legislación invocada como fundamento de la misma no se considera aplicable, o porque la que lo es, al ser derecho extranjero, no se ha acreditado en los términos que exige la ley, sin haberse realizado el esfuerzo mínimo requerido para ello, es una respuesta ajustada a nuestro ordenamiento y satisface en términos irreprochables el derecho

³⁴ Así lo admite nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia número 155/2001, de 2 de julio (ECLI:ES:TC:2001:155), Pte. Sr. Jiménez Sánchez, en la que, no obstante, hace constar que le parece más respetuosa con el contenido del artículo 24.1 de la CE la que aplica con carácter sustitutorio el derecho español.

Sin embargo, no se trata de una opinión unánime entre los magistrados que integran dicho tribunal, como lo acredita el voto particular suscrito por don Vicente Conde Martín de Hijas a la STC 33/2002, de 11 de febrero, en el que señaló: «Esto sentado, no veo cómo la desestimación de una demanda porque la legislación invocada como fundamento de la misma no se considera aplicable al caso y porque la que lo es, al ser derecho extranjero, no se ha probado por la parte que debiera haberlo hecho, pueda considerarse que vulnera el art. 24.1 CE. Por el contrario, estimo que una Sentencia (Sentencias en este caso, del Juzgado de lo Social y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia) de tal contenido satisface en términos irreprochables el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión».

³⁵ Discreparamos por tanto de CUARTERO RUBIO, quien afirma que la falta de prueba o prueba insuficiente del derecho extranjero constituye una crisis procesal; que «ante una situación de crisis procesal por falta de prueba del Derecho extranjero el problema desde el punto de vista del art. 24 CE es la solución de reemplazo»; y que del «art. 24 deriva la obligación de proporcionar una solución de reemplazo» (M. V. CUARTERO RUBIO, «Prueba del derecho extranjero y tutela judicial efectiva», *Derecho Privado y Constitución*, nº 14, Enero-Diciembre 2000, pp. 59 y 60).

³⁶ ATC de 4 de noviembre de 2004 (ECLI:ES:TC:2004:422A).

fundamental a ser tutelado judicialmente de forma efectiva, sin indefensión, derecho fundamental que, en ningún caso, conviene insistir en ello, comprende el derecho a obtener una sentencia sobre el fondo del asunto, ni, menos aún, una sentencia acorde con las pretensiones interesadas por las partes, sino «una resolución fundada en derecho»³⁷.

54. Ahora bien, para que tal desestimación sea enteramente legítima, es preciso que el tribunal haya desplegado una mínima actividad garantista. Si durante la audiencia previa (en el juicio ordinario) o en la vista (en el verbal), el juez detecta la necesidad de aplicar un derecho extranjero, debe advertir a las partes de tal circunstancia y ofrecerles la posibilidad de proponer la prueba correspondiente. Asimismo, conforme al artículo 429.1, III de la LEC, puede advertir sobre la insuficiencia de los medios probatorios aportados.

55. Estas actuaciones procesales aseguran que los litigantes tengan conocimiento efectivo de los requisitos exigidos por el ordenamiento y les permiten reorientar su estrategia probatoria, de modo que, en caso de posterior inactividad o fracaso, no pueda alegarse indefensión.

56. El tratamiento debe ser distinto cuando la falta de prueba del derecho extranjero no obedece a desidia o mala estrategia, sino a una verdadera imposibilidad objetiva. Por ejemplo, cuando se trata del derecho de un Estado recientemente constituido, o del ordenamiento de un país sumido en conflicto armado o con instituciones jurídicas colapsadas, concurren otras circunstancias que hacen materialmente inviable obtener alguna información fiable..

57. En estas hipótesis, resulta irrazonable exigir el mismo nivel de diligencia y eficacia. A quien ha actuado con esfuerzo pero sin éxito por razones ajenas a su voluntad no puede atribuirse responsabilidad procesal alguna. En tales casos, el juez deberá adoptar una actitud aún más proactiva, utilizando los medios previstos en el artículo 281.2 de la LEC, así como cualquier instrumento nacional o internacional a su alcance, para intentar acreditar el contenido del derecho extranjero aplicable. De lo contrario podría vulnerarse el derecho fundamental a ser tutelado judicialmente de forma efectiva, reconocido como es sabido en el artículo 24.1 de nuestra Constitución³⁸.

58. Ahora bien, puede darse el supuesto de que, pese a la actuación activa del tribunal, no se logre determinar con precisión el contenido del derecho extranjero, ni su vigencia ni su interpretación judicial en su país de origen. Este escenario extremo, aunque infrecuente, es jurídicamente posible.

59. En tales casos, el artículo 33.3 de la LCJIMC permite, con carácter excepcional, la aplicación del derecho español. La norma, sin embargo, guarda silencio respecto de los supuestos intermedios, es decir, aquellos en los que se ha obtenido solo una información parcial, insuficiente o ambigua sobre el derecho extranjero aplicable.

60. Y ello pese que en el Preámbulo de la Ley 29/2015 se afirma que con dicho instrumento se aporta seguridad jurídica y certidumbre añadidas al área de la cooperación jurídica internacional.

61. Ante este vacío legal, siguiendo el autorizado criterio de CALVO CARAVACA³⁹, parece razonable proponer una solución de compromiso: que se apliquen los preceptos del derecho extranjero que hayan sido acreditados satisfactoriamente y que los aspectos jurídicos que, regulados por éste, no lo hayan sido, se rijan por el derecho nacional designado en el siguiente punto de conexión de la norma

³⁷ *Vid.*, entre otras muchas, las SSTC de 6 de mayo de 2002 (ECLI:ES:TC:2002:108), Pte. Sra. Casas Baamonde, y 27 de enero de 2014 (ECLI:ES:TC:2014:7), Pte. Sr. Ollero Tassara.

³⁸ Véase a este respecto la STC de 17 de enero de 2000 (ECLI:ES:TC:2000:10), Pte. Sra. Casas Baamonde.

³⁹ A.-L. CALVO CARAVACA, «Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas», *Revista española de derecho internacional*, vol. 68, núm. 2, 2016, p. 147.

de conflicto y, en última instancia, por el derecho español, siempre y cuando ello sea conciliable con el derecho extranjero que pueda aplicarse.

IV. La actual doctrina judicial española

62. Como ya hemos apuntado, el tema analizado en el presente trabajo es ciertamente controvertido, existiendo una copiosa jurisprudencia que, a nuestro parecer, no siempre se ha ajustado a lo dispuesto en el conjunto normativo que regula esta cuestión⁴⁰.

63. Existen sin embargo dos recientes pronunciamientos de la Sala Primera del Tribunal Supremo que, a nuestro entender, se orientan en la dirección adecuada y respaldan la postura mantenida en este trabajo, sostenida en los últimos años por destacados iusprivatistas y procesalistas⁴¹.

64. La primera de dichas resoluciones es la sentencia de 3 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1228), Pte. Sra. Parra Lucán. En ella, nuestro más alto tribunal, salvo en materia de garantías constitucionales, señaló que las partes en litigio invocaron en apoyo de sus respectivas pretensiones normas del ordenamiento jurídico colombiano, el cual resultaba aplicable para resolver el fondo del litigio; que la identificación y determinación del contenido de dichas normas extranjeras resultaba sencilla, por cuanto podía efectuarse mediante una simple consulta a la página web oficial del Gobierno de Colombia o a la página web del Consejo General del Poder Judicial, «sin perjuicio del principio de alegación y prueba del derecho extranjero por las partes que establece nuestro sistema jurídico»; y que, en este contexto, la aplicación del derecho español al caso, en lugar del Derecho colombiano, fue improcedente, ya que el artículo 33.3 de la Ley 29/2015 solo autoriza dicha aplicación con carácter «excepcional» y exclusivamente cuando no haya sido posible acreditar debidamente el contenido y vigencia del Derecho extranjero pertinente.

65. La segunda, la sentencia de 30 de octubre de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:5263), Pte. Sra. Parra Lucán, dictada por el pleno de dicho tribunal, en la que se establecen importantes precisiones interpretativas que conviene destacar:

i) Cuando una norma de conflicto determina la aplicación de un derecho extranjero, ha de ser este -y no el derecho español- el que se aplique al caso.

ii) Corresponde a las partes procesales la carga de acreditar tanto el contenido como la vigencia del derecho extranjero aplicable.

⁴⁰ Por todas pueden consultarse dos recientes decisiones de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo: la sentencia de 20 de julio de 2021 (ECLI: ES:TS:2021:3073), Pte. Sr. Vela Torres; y la sentencia de 27 de julio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3188), Pte. Sr. Díaz Fraile, ambas con citas de sentencias de 2014 y 2015.

Con todo, en el pasado no faltaron sentencias de la misma sala y tribunal que mantuvieron que la falta de prueba del contenido y vigencia del derecho extranjero (en el caso analizado el derecho argentino) acarrea la desestimación de la demanda o reconvenCIÓN «por quanto se trata de un hecho constitutivo», (STS de 18 de octubre de 2010 [ECLI:ES:TS:2010:5162], Pte. Sr. Corbal Fernández).

⁴¹ Entre los primeros destacan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ. Entre sus muchos trabajos podemos citar los siguientes: A.-L. CALVO CARAVACA, «Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas», *Revista española de derecho internacional*, Vol. 68, nº 2, 2016, pp. 133-156.; J. CARRASCOSA GONZALEZ, «Falta de prueba del derecho extranjero», *Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 20, 2018 (Ejemplar dedicado a: Monográfico: La prueba en los procesos de familia), pp. 11-20; y A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aplicación del derecho extranjero en España. Una aproximación económica», en H. SOLETO MUÑOZ, R. LÓPEZ JIMÉNEZ, A. ARNAIZ SERRANO y S. OUBIÑA BARBOLLA (Coordinadoras), *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Víctor Moreno Catena*, Vol. 2, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2025, pp. 1709-1731.

Entre los segundos, cabe mencionar los numerosos estudios realizados por SIGÜENZA LÓPEZ: J. SIGÜENZA LÓPEZ, «Aplicación judicial del derecho extranjero: el Tribunal Supremo debe rectificar», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2019; J. SIGÜENZA LÓPEZ, «La prueba del derecho extranjero y la correcta interpretación de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil», en J. N. NICOLÁS GARCÍA, J. SIGÜENZA LÓPEZ y C. A. GINER ALEGRIA (Directores), *Estudios jurídicos y criminológicos. Homenaje a Juan José Nicolás Guardiola*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor-Pamplona, 2023, pp. 43-76; y J. SIGÜENZA LÓPEZ, «El derecho extranjero como objeto de prueba: actividad probatoria de las partes e investigación de oficio de la norma aplicable», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 63, 2024.

iii) El artículo 33.3 de la LCJIMC prevé una solución de carácter estrictamente **«excepcional»**, en los términos utilizados por el propio precepto, y exclusivamente para aquellos supuestos en los que resulte imposible a las partes probar el contenido del derecho extranjero. Solo en tales casos puede el órgano jurisdiccional español aplicar subsidiariamente el derecho nacional⁴².

iv) En consecuencia, la aplicación supletoria del derecho español queda supeditada a la constatación de la imposibilidad efectiva de acreditar la normativa extranjera, lo que no es de aplicación cuando la parte actora debió haber fundado su pretensión en una norma foránea -por exigirlo así la norma de conflicto- y no alegó ni justificó que conforme a ese derecho debía concederse la tutela solicitada, o cuando alegó dicha circunstancia, no propuso prueba para acreditar su contenido y vigencia y no invocó la imposibilidad de llevar a cabo dicha prueba.

66. Ambas sentencias se distancian expresamente de la práctica jurisprudencial anterior, según la cual se aplicaba el derecho español de manera subsidiaria ante la ausencia de prueba del contenido y vigencia del derecho extranjero. Tal orientación previa desatendía el carácter imperativo de las normas de conflicto consagrado en el artículo 12.6 del Código Civil y generaba una considerable inseguridad jurídica, al dificultar la determinación anticipada del derecho sustantivo aplicable a los litigios sometidos a la jurisdicción española⁴³.

67. Esta nueva línea jurisprudencial se revela, sin duda, más coherente tanto con la letra como con el espíritu de los tres cuerpos normativos que rigen la materia. Subraya con claridad que, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, la solución ordinaria debe ser la aplicación del derecho extranjero designado por la norma de conflicto pertinente; que la aplicación del derecho español constituye una medida excepcional y, por ende, de carácter extraordinario; y que dicha medida solo procede cuando las partes han intentado con seriedad y rigor, aunque sin éxito, acreditar el contenido y vigencia de la normativa extranjera aplicable.

68. La tesis adoptada por el Tribunal Supremo en estas resoluciones es jurídicamente impecable y ofrece una construcción argumentativa del todo coherente con los principios fundamentales del sistema jurídico español en materia de aplicación del derecho extranjero.

69. Igualmente irreprochable resulta el criterio sostenido por el Tribunal Constitucional en la STC 10/2000, de 17 de enero (ECLI:ES:TC:2000:10), con ponencia de la Excmo. Sra. Casas Baamonde. En dicha resolución se afirma que, una vez que se ha aportado un principio de prueba del derecho extranjero aplicable al caso, se impone a los órganos judiciales un deber de participación activa en la determinación de su contenido y vigencia. Tal deber incluye, en su caso, la obligación de justificar por qué no se adoptaron medidas complementarias a las ya interesadas por las partes para completar la prueba del derecho foráneo.

70. A continuación, nos referiremos a diversas resoluciones dictadas por Audiencias Provinciales que han acogido esta nueva orientación jurisprudencial o bien formulan consideraciones particularmente atinadas sobre cuestiones conexas con la problemática que aquí se analiza y con las cuales coincidimos plenamente.

71. En concreto, nos detendremos en siete resoluciones judiciales relevantes.

72. La primera de ellas es el auto de la Audiencia Provincial de Salamanca de 10 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:APSA:2021:390A), Pte. Sra. Guinaldo López, en el que se desarrollan los siguientes razonamientos de interés:

⁴² Artículo 33.3 de la LCJIMC: «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».

⁴³ A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «La luz vence a la oscuridad: la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la prueba del derecho extranjero», *Actualidad Civil*, nº 4, abril 2025.

i) Carece de sentido elaborar complejas normas de conflicto en el ámbito de la Unión Europea si, en la práctica, no se aplica el derecho material estatal al que aquellas remiten. Además, se subraya que no existe disposición internacional alguna que imponga a España un régimen específico sobre la alegación y prueba del derecho extranjero, ni tampoco normas de derecho de la Unión Europea que obliguen a los jueces y tribunales españoles a aplicar y probar de oficio el derecho foráneo designado por las normas de conflicto, sean estas europeas o internas.

ii) En aquellos litigios que presentan un elemento de extranjería, el principio *iura novit curia* no se extiende al conocimiento del derecho extranjero, razón por la cual este debe ser objeto de acreditación para poder ser correctamente aplicado al caso concreto.

iii) La excepcionalidad prevista en el artículo 33 de la LCJIMC debe interpretarse a la luz del respeto al carácter imperativo de las normas de conflicto. En este sentido, resulta inadmisible su neutralización mediante una aplicación sistemática y oportunista de la *lex fori*, lo que permitiría a las partes eludir la aplicación del derecho extranjero simplemente omitiendo su alegación cuando no les resultara conveniente, a pesar de que la norma de conflicto conduzca a él.

iv) Tras la reforma introducida por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se exige de los órganos judiciales una actitud activa ante la insuficiencia probatoria aportada por las partes, debiendo incluso indicar qué prueba considera pertinente practicar (art. 429.1 LEC). Esta colaboración entre las partes y la autoridad judicial en la determinación del derecho extranjero, unida a la naturaleza excepcional de la aplicación de la *lex fori* en caso de falta de prueba y a la obligación del juez de advertir dicha insuficiencia, justifica una participación efectiva del órgano jurisdiccional en la identificación del derecho extranjero aplicable, en cumplimiento del mandato de la norma de conflicto.

v) Finalmente, se precisa que si resulta imposible acreditar el contenido del derecho extranjero designado por la norma de conflicto o, una vez acreditado, este se muestra contrario al orden público español, procede entonces aplicar la *lex fori* como solución subsidiaria.

73. La sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 24 de mayo de 2023 (ECLI:ES:APC:2023:1250), con ponencia del Ilmo. Sr. Fernández-Porto García, constituye un ejemplo paradigmático de actitud judicial proactiva en la determinación del derecho extranjero aplicable -en este caso, el derecho venezolano- para resolver una impugnación de reconocimiento de paternidad no matrimonial planteada mediante reconvenCIÓN. El tribunal, tras consultar fuentes oficiales en línea, accedió al texto del Código Civil vigente en la República Bolivariana de Venezuela, señalando expresamente su Título V del Libro I, dedicado a la filiación; su artículo 209, que establece que «La filiación paterna de los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio se establece legalmente por declaración voluntaria del padre»; y su artículo 221, que dispone que «El reconocimiento es declarativo de filiación y no puede revocarse, pero podrá impugnarse por el hijo y por quien quiera que tenga interés legítimo en ello». La decisión refleja un claro compromiso judicial con la correcta aplicación del derecho extranjero, acorde con el mandato de las normas de conflicto.

74. En términos similares, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 6 de marzo de 2023 (ECLI:ES:APMU:2023:650), con ponencia del Ilmo. Sr. López Pujante, constituye otro ejemplo de actuación judicial diligente en relación con la prueba del derecho extranjero. El asunto versaba sobre la viabilidad de una adopción internacional, cuya denegación se basó en la supuesta prohibición de la adopción por parte del derecho marroquí. La sentencia de instancia había considerado que, al no haberse aportado prueba alguna que desvirtuara la posición del Ministerio Fiscal -quien alegó dicha prohibición-, debía entenderse acreditado ese impedimento normativo. Sin embargo, la Audiencia estima en parte el recurso interpuesto, al considerar acertadamente que quien alega el contenido del derecho extranjero ostenta la carga de su prueba. Pese a ello, el tribunal no estima el recurso en su totalidad, ya que, conforme al artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el órgano jurisdiccional puede servirse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación. Y en este caso, incluso una búsqueda inicial en bases de datos jurídicas e internet permite constatar que el derecho marroquí prohíbe expresamente la adopción, como lo confirman el artículo 149 de la *Mudawana* (Código de Familia marroquí) y diversas resoluciones de audiencias provinciales.

75. Por su parte, las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga de 7 de febrero de 2025 (ECLI:ES:APMA:2025:577), con ponencia de la Ilma. Sra. Ruiz Jiménez, y de 13 de febrero de 2025 (ECLI:ES:APMA:2025:626), con ponencia del Ilmo. Sr. Ramos Villalta, acogen y aplican de forma expresa la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de octubre de 2024, antes comentada, lo cual debe valorarse de forma positiva.

76. En la misma línea se sitúa la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de febrero de 2025 (ECLI:ES:APM:2025:2454), con ponencia del Ilmo. Sr. López-Muñiz Criado, que reproduce y aplica el nuevo criterio jurisprudencial con claridad y consistencia, lo que merece ser especialmente destacado.

77. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 10 de marzo de 2025 (ECLI:ES:APAB:2025:172), con ponencia del Ilmo. Sr. Monsalve Argandoña, recuerda de manera pertinente que la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2005 -también referida anteriormente- admite la posibilidad de que los jueces españoles apliquen normas materiales extranjeras cuando conozcan suficientemente el ordenamiento jurídico de origen y su aplicación venga impuesta por una norma de conflicto adecuada para resolver la controversia.

78. No obstante, debe advertirse que subsisten resoluciones recientes que desconocen o desatienden la nueva orientación jurisprudencial.

79. Este es el caso, por ejemplo, de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de octubre de 2023 (ECLI:ES:APB:2023:10670), con ponencia del Ilmo. Sr. Gómez Canal. En dicha resolución, se reconoce expresamente que, conforme a las normas de conflicto aplicables, el derecho material relevante es el portugués. Sin embargo, al no haberse acreditado su contenido y vigencia por las partes, se decide aplicar el derecho español. En apoyo de esta solución, el tribunal sostiene que el uso de medios de averiguación del derecho extranjero constituye una facultad y no una obligación del órgano jurisdiccional. Esta postura contradice frontalmente la doctrina más reciente del Tribunal Supremo, que establece el carácter excepcional de la aplicación del derecho español cuando se ha determinado normativamente la aplicación de un ordenamiento extranjero. Además, en el caso examinado, la actitud del tribunal resulta excesivamente pasiva, toda vez que no se justifica por qué la determinación del contenido del derecho portugués sería especialmente difícil o compleja, cuando parece evidente que no lo es.

80. También la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 21 de julio de 2023 (ECLI:ES:APPO:2023:1781), con ponencia del Ilmo. Sr. Menéndez Estébanez, reproduce la doctrina previa a la nueva doctrina del Tribunal Supremo. Considera que, si la parte actora no acredita el derecho extranjero -en este caso, también el derecho portugués-, resulta procedente aplicar directamente el derecho español. Esta solución, sin embargo, ignora el deber de colaboración judicial en la identificación del derecho extranjero y vuelve a incurrir en la indebida generalización de una excepción que debe aplicarse con suma cautela. Especialmente llamativo resulta el hecho de que se alegue una supuesta complejidad para localizar el derecho luso cuando, en realidad, se trata del ordenamiento jurídico de un país fronterizo con el territorio de la propia audiencia provincial. Por otra parte, la afirmación de que «No es necesario probar el derecho extranjero cuando sea conocido por las partes o haya acuerdo total entre ellas del mismo, aunque el tribunal tendrá absoluta libertad de exigir la prueba correspondiente de las normas extranjeras que resulten aplicables» resulta insatisfactoria si no se matiza adecuadamente. Pues el solo acuerdo entre las partes no legitima la aplicación de normas materiales extranjeras cuya vigencia y contenido no hayan sido debidamente acreditados, salvo que el órgano jurisdiccional, con conocimiento suficiente del ordenamiento en cuestión, avale explícitamente su contenido y vigencia, sin discrepar de lo afirmado por las partes.

81. La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 10 de marzo de 2023 (ECLI:ES:APPO:2023:767), con ponencia del Ilmo. Sr. Almenar Belenguer, aborda un supuesto en el que debía determinarse el régimen económico matrimonial aplicable conforme al derecho de Costa de Marfil. El tribunal señala expresamente: «En el presente caso, ninguna prueba se ha practicado acerca de la regu-

lación del régimen económico matrimonial en el ordenamiento de Costa de Marfil, ni los distintos tipos de regímenes -si los hubiera-, ni el modo en que debe formalizarse o cuál sea el régimen aplicable por defecto, como tampoco su contenido. Por tanto, ante la absoluta ausencia de prueba, habrá de aplicarse el Derecho sustantivo español». Aunque no puede descartarse que, dadas las especiales circunstancias políticas de aquel país africano, esta solución haya sido la más pragmática, lo cierto es que la resolución no deja constancia de que el órgano jurisdiccional realizara esfuerzo alguno por averiguar el contenido del derecho extranjero aplicable, lo cual resulta jurídicamente inadmisible a la luz del deber de cooperación judicial activa en la aplicación de normas materiales determinadas por una norma de conflicto.

82. En términos similares, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 6 de marzo de 2023 (ECLI:ES:APA:2023:442), con ponencia del Ilmo. Sr. Calle de la Fuente, resuelve un proceso de divorcio en el que la parte demandante basó su pretensión en la legislación española, mientras que el demandado alegó la aplicabilidad del derecho austriaco sin ofrecer prueba alguna ni señalar fuentes de acceso a dicha normativa. Ante esta omisión, el tribunal aplicó el derecho español. Aunque puede considerarse razonable la crítica implícita a la actitud pasiva del demandado, lo cierto es que la resolución no aclara si el derecho austriaco era el aplicable y, en tal caso, si el tribunal realizó por su parte alguna gestión tendente a identificar el contenido del derecho austriaco, como sería exigible. Lo que resulta llamativo, ya que, en la era digital, una simple búsqueda asistida -incluso mediante herramientas de inteligencia artificial como ChatGPT- permite acceder a múltiples fuentes oficiales que habrían facilitado la correcta identificación y aplicación, en su caso, del derecho extranjero.

83. También la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 8 de enero de 2024 (ECLI:ES:APMA:2024:4), con ponencia del Ilmo. Sr. Santos Peñalver, insiste en una interpretación restrictiva de la función judicial en materia de derecho extranjero. Tras afirmar que «el derecho extranjero como cuestión de hecho debe ser alegado y probado por la parte que lo invoca», añade que los órganos judiciales tienen la facultad -pero no la obligación- de colaborar en la determinación de su contenido mediante los medios de averiguación que estimen pertinentes. Asimismo, distingue entre las normas de conflicto, de obligada observancia *ex artículo 12.1 del Código Civil*, y las normas materiales extranjeras, cuyo contenido, según sostiene, no puede ser determinado de oficio por el tribunal. En el caso concreto, relativo a una sucesión regulada por el derecho marroquí conforme al artículo 9.8 del Código Civil, se desestima la pretensión al no haberse acreditado el contenido sustantivo de la normativa extranjera. Sin embargo, en ningún momento consta que el órgano jurisdiccional intentara acceder al derecho marroquí aplicable, lo que resulta especialmente criticable, dado que la sección sentenciadora se encuentra en la ciudad de Melilla, en contacto constante con realidades jurídicas de dicho país. El razonamiento subyacente a la resolución revela una posición excesivamente pasiva del órgano judicial, que considera suficiente la falta de prueba por parte de las partes para aplicar el derecho español, omitiendo su deber de colaboración activa en la determinación del derecho extranjero impuesto por la norma de conflicto.

84. Finalmente, tampoco adopta el nuevo criterio jurisprudencial la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de abril de 2025 (ECLI:ES:APB:2025:3493), con ponencia del Ilmo. Sr. Ribelles Arellano. La resolución mantiene que la consecuencia jurídica derivada de la falta de prueba del derecho extranjero debe ser la aplicación del derecho español al fondo del asunto. Esta solución reproduce la doctrina jurisprudencial anterior a las Sentencias del Tribunal Supremo de 2018 y 2024, que, como se ha expuesto, han restringido de manera significativa la aplicación subsidiaria de la *lex fori* a supuestos verdaderamente excepcionales y tras una diligente tentativa probatoria por parte de las partes y, en su caso, del órgano jurisdiccional.

V. Reflexiones finales

85. El análisis realizado pone de manifiesto que cada día es más frecuente que nuestros jueces tengan que aplicar leyes sustantivas extranjeras para dilucidar cuestiones controvertidas suscitadas ante ellos;

que ello exige determinar con exactitud su vigencia y contenido, así como su adecuada interpretación, habida cuenta que se trata de administrarlo como lo harían los jueces del país de origen; que no existen normas comunitarias europeas ni convenios internacionales suscritos por nuestro país que establezcan un régimen jurídico en esta materia, por lo que nuestros jueces han de estar a lo que disponga nuestra normativa interna, que determina que son las partes las que han de acreditar los extremos antes citados, sin perjuicio de que los jueces puedan colaborar en la justificación del derecho foráneo⁴⁴; que ello no significa, y sería erróneo considerarlo así, que nuestro ordenamiento equipare las normas jurídicas extranjeras a los hechos, ni que dicha posibilidad pueda dejar de ejercerse si no conlleva especial complejidad; y que, por tanto, si el derecho extranjero que ha de aplicarse para decidir un supuesto ante la jurisdicción española no es conocido, debe ser acreditado, lo que requiere un esfuerzo para las partes -singularmente para quien reclama la tutela de los tribunales- y una actitud proactiva por parte de los tribunales, pues nuestro ordenamiento no deja a la sola iniciativa de las partes la justificación de la existencia y contenido del derecho foráneo, ni prevé su investigación de oficio por parte de las autoridades judiciales, como sucede en otros países.

86. Lo anterior debe completarse con un necesario añadido: el de que no hay una única respuesta en aquellos supuestos en los que el derecho extranjero aplicable para resolver la litis no ha resultado acreditado. Y no la hay porque ello puede deberse a diversas razones y cada una debe ponderarse debidamente.

87. Como hemos defendido en este trabajo, en aquellos supuestos en los que la falta de acreditación obedeza a la indolencia o desidia de los litigantes, la respuesta ha de ser acorde con la pasividad de estas y no puede ser otra que la de desestimar la demanda, principal o reconvencional, según el caso. Es posible que las partes no hayan reparado inicialmente en que existe una norma de conflicto que obliga a litigar conforme a la legislación de un país distinto al nuestro: en tal caso, creemos que el juez debe hacerles saber en la audiencia previa o en la vista, según el proceso declarativo en que nos encontramos, que, de conformidad con una norma de conflicto, y, por tanto, con carácter imperativo, el asunto debe dilucidarse con arreglo a un derecho sustantivo distinto al nuestro, concediéndoles al efecto un tiempo prudencial para que puedan recomponer sus estrategias procesales, acreditar el derecho foráneo de que se trate y, en su caso, proponer prueba para justificar sus afirmaciones. Si pese a ello no acreditan dicho ordenamiento y no existe causa que justifique dicho comportamiento, su dejadez no puede tener otra respuesta que la ya indicada, que es también la procedente cuando, pese a haber manifestado que el derecho aplicable al fondo del asunto es uno distinto al nuestro, no se despliega ningún esfuerzo real para justificar su vigencia y contenido.

88. La respuesta ha de ser forzosamente distinta cuando, pese a haberse esforzado por intentar acreditar dichos extremos, ello no es posible por causas ajenas a los litigantes, lo que ciertamente solo acontecerá en supuestos extraordinarios. En tal hipótesis, la respuesta no puede ser la ordinaria que apuntamos en el párrafo anterior, sino la extraordinaria a la que se refiere el artículo 33.3 de la LCJIMC: esto, la aplicación subsidiaria del derecho español.

89. Esta es la tesis que mantiene en la actualidad la Sala Primera del Tribunal Supremo tras la histórica sentencia que dictó en esta materia el pasado 30 de octubre de 2024, firmada por todos los magistrados que en ese momento integraban la misma. Este dato, nada irrelevante, permite intuir que eran conscientes de la dificultad de la cuestión analizada y quisieron dejar claro el camino a seguir. Se trata de una decisión valiente y acertada que rectifica una jurisprudencia que, a nuestro entender, se asentaba en postulados discutibles y erróneos. El camino está trazado. Solo resta seguir avanzando por él⁴⁵.

⁴⁴ En vía extrajudicial, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ha manifestado en distintas ocasiones que notarios y registradores deben hacer uso no solo de los medios previstos en la LCJIMC, sino también de los medios que proporciona el entorno E-Justicia en el ámbito europeo (*cfr.*, a modo de ejemplo, su resolución de 25 de agosto de 2021, en el recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador de la propiedad de Palamós, relativa a una escritura de manifestación de herencia de un ciudadano alemán [«Boletín Oficial del Estado» de 14 de octubre de 2021]).

⁴⁵ Juzgar no es una tarea fácil. Requiere no solo un profundo conocimiento del derecho, sino también haber adquirido las competencias y habilidades propias del arte de juzgar, que por sí solas son insuficientes si no se ejercitan con prudencia: «Juzgar con justicia es juzgar prudentemente» (*cfr.* I. SANCHO GARGALLO, *El paradigma del buen juez*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 139).