

Facultat de Dret de la Universitat de les Illes Balears
Grau en Dret



LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LA FALTA DE ALEGACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN EL PROCESO

Catalina Servera Vidal

Trabajo de fin de Grado

Grado en Derecho 2009-2013

Universidad de las Islas Baleares.

ÍNDICE:

I.-Introducción:

1. El derecho extranjero en el proceso	3
1.1. Los artículos 12.6 del Código Civil y 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.....	3
A) Procesos declarativos ordinarios.....	3
B) Procesos especiales. Regla especial.....	4
1.2. La alegación del Derecho extranjero en el proceso.....	5
1.3. La prueba del Derecho extranjero en el proceso.....	6
2. La falta de alegación y/o prueba del Derecho extranjero en el proceso	7
2.1. El problema procesal de la falta de alegación y/o prueba del Derecho extranjero.....	7
2.2. Soluciones doctrinales y jurisprudenciales.....	8
A) Aplicación sustitutiva del Derecho español.....	8
B) Aplicación de oficio del Derecho extranjero.....	9
C) Desestimación de la demanda.....	10
II.-La jurisprudencia del Tribunal Constitucional:	11
1) Sentencia 10/2000, de 17 de enero.....	11
2) Sentencia 155/2001, de 2 de julio.....	12
3) Sentencia 33/2002, de 11 de febrero.....	13
4) Sentencia 172/2004, de 18 de octubre.....	15
5) Auto 422/2004, de 4 de noviembre.....	16
III.-Conclusiones: La doctrina del Tribunal Constitucional	17
IV.-Bibliografía	21

I.-INTRODUCCIÓN:

1. EL DERECHO EXTRANJERO EN EL PROCESO

1.1. Los artículos 12.6 del Código Civil y 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

El Código Civil dedica su título preliminar a las normas jurídicas, su aplicación y eficacia; y en concreto el capítulo IV a las normas de Derecho Internacional Privado. Es de capital interés para entender el núcleo de la presente exposición hacer referencia al art.12.6 según el cual "[l]os Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español", del precepto se desprende que estamos ante un sistema de Derecho Internacional Privado el cual las partes no pueden disponer, nos encontramos ante un sistema de Derecho Internacional Privado imperativo.

Por tanto, se deduce que la imperatividad de la norma de conflicto es esencial, de manera que se debe aplicar con carácter obligatorio por la autoridad u órgano jurisdiccional competente. Tras la reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), el legislador se ha reafirmado en el carácter imperativo de la norma de conflicto, eliminando el anterior párrafo segundo del art.12.6 que se dedicaba a cuestiones procesales: "la persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas".¹

La LEC, con la derogación del párrafo segundo del art. 12.6 introduce una regla nueva, esta es la del art. 281.2: "[t]ambién serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. (...) El Derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación". Este precepto establece de manera más clara el equilibrio que debe haber en el sistema de colaboración entre el juez y las partes, de manera que se llegue a conocer el contenido del derecho extranjero, considerando la ley extranjera como Derecho y no como hecho.

A) Procesos declarativos ordinarios

Una vez aplicada la norma de conflicto y localizado el derecho extranjero que se debe aplicar al caso, el mismo se debe alegar y probar, y la carga de la prueba corresponde, como regla general a las partes en los procesos declarativos ordinarios, esto es tanto en el juicio ordinario como en el verbal (Libro II, arts. 248 y ss. de la LEC).

La anterior afirmación se desprende del art. 281 de la LEC, que sorprendentemente y pese a la importancia del presente tema, es el único precepto que dedica sus líneas a la prueba del derecho extranjero; el artículo comienza afirmando que "[l]a prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso" y sigue "[t]ambién

¹ BOE núm.7 de 8 de enero de 2000. El texto resultante tras la reforma del párrafo 2.º del número 6 del artículo 12 derogado por el apartado 2.1.º de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000, 7 enero, de Enjuiciamiento Civil , consistió en la derogación de éste segundo párrafo y la inalteración del primero, que como se ha dicho manifiesta la total e indiscutible imperatividad de la norma de conflicto.

serán objeto de prueba la costumbre y el Derecho extranjero. [...] El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación".

Para lo que ahora interesa, el Derecho extranjero debe ser probado. Esta rotunda afirmación manifiesta la necesidad de la prueba del mismo en el proceso en el cual se deba aplicar. El Derecho extranjero se debe probar porque se parte del principio de que las partes y el tribunal no conocen el Derecho extranjero ni tienen el deber de conocerlo. El tribunal no puede fallar si no tiene el "material jurídico" necesario al efecto.²

La actividad probatoria de las partes se desprende del art.282 LEC: "[L]as pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley", sí sobre éstas recae la carga de la prueba. No obstante, el artículo 281 *in fine* reconoce la posibilidad de que el Tribunal "pueda valerse de *cuantos medios de averiguación estime necesarios* para su aplicación".

De esta manera, el Tribunal, si lo considera necesario, puede intervenir en el caso y dotarse de medios de averiguación de cualquier índole que sirvan de herramienta útil para averiguar el contenido de la norma y la prueba de la misma. De lo dicho, se puede concluir que existe una colaboración entre el Tribunal y las partes. El primero complementaría la actividad y el deber de las partes de probar el derecho, es decir, que en principio este derecho debe intentar probarse a través de los medios propuestos por las partes, pero el Tribunal, si considera que éstos son insuficientes, puede proceder de oficio a investigar las normas extranjeras aplicables al caso con todos los instrumentos que tenga a su alcance.³

B) Procesos especiales. Regla especial

El Profesor Federico F. Garau Sobrino⁴ realiza una clasificación, separando los procesos especiales frente a la regla general que se acaba de analizar; estos son los recogidos en el Título I del Libro I: los procesos especiales de capacidad de las personas físicas, filiación, la nulidad matrimonial, la separación y el divorcio, la guarda y custodia de hijos menores, la reclamación de alimentos en relación con hijos y menores, la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, la necesidad de asentimiento en la adopción.⁵

El art. 282 LEC contiene una excepción a la regla general de los procesos ordinarios en los que la actividad probatoria corresponde a las partes. "El tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley". En el art. 752 de la LEC párrafo segundo se afirma que "[s]in perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes". Ahora sí, a diferencia de lo expuesto para los procesos ordinarios, el Tribunal puede ejercer una actividad probatoria sustitutiva de la de las partes, debido principalmente al interés público que rige en estos procesos, que se debe proteger más allá de las aportaciones de las partes.

2 J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Cinco años después de la LEC 1/2000: Algunos interrogantes en torno a la prueba del Derecho extranjero, *Revista de la Facultad de Ciencias jurídicas de Elche*, Vol. I, núm 1, julio 2006. p.6

3 F. LÓPEZ SIMÓ, *Lecciones de Derecho Procesal Civil I: El Proceso de Declaración*, Colección Materiales Didácticos núm.159, 1ª ed., Ed. UIB, 2012. pp.167-176

4 F. F. GARAU SOBRINO, *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Colección Materiales Didácticos núm.099, 2ª ed., Ed. UIB, 2008. pp.94-96

5 *vid.* Art. 748 LEC.

1.2. La alegación del Derecho extranjero en el proceso

Para defender sus pretensiones en el proceso, las partes deben alegar los hechos que consideren que puedan conducir a una futura sentencia a su favor, de lo contrario, el juez desconoce los mismos y no puede valorarlos ni dictar una sentencia congruente. De la misma manera, en el caso de que un supuesto se rija por Derecho extranjero, las partes deben fundar sus pretensiones en tal derecho.

El Tribunal Supremo, desde su Sentencia de 16 de diciembre de 1960⁶ se había mantenido en las siguientes afirmaciones: El derecho extranjero debe ser alegado siempre por las partes interesadas; la falta de alegación del derecho extranjero por las partes conduce a la no aplicación del Derecho extranjero al supuesto; el momento adecuado para la alegación del Derecho extranjero es la primera instancia y no la apelación o casación, el Derecho extranjero debe alegarse en las fases del proceso aptas para alegación de los "elemento de hecho", es decir, en los escritos de instancia, específicamente en los fundamentos de derecho de la demanda y en el escrito de contestación a la demanda.

La sentencia de 10 de junio de 2005⁷ cambia la perspectiva anterior, afirmando que el Derecho extranjero no tiene porque haber sido alegado por las partes para que el Tribunal lo aplique. En el fundamento de derecho primero afirma "[p]ara que el derecho extranjero pueda ser aplicado en el proceso, su vigencia y contenido han de quedar probados (sentencias de 11 de mayo de 1.989, 7 de septiembre de 1.990, 23 de marzo de 1.994, 25 de enero de 1.999 , entre otras muchas). Se trata de una consecuencia de que al Tribunal y a las partes no se les pueda exigir conocerlo, a diferencia de lo que sucede con el Derecho español, conforme a la regla *iura novit curia* (...). En efecto, los hechos están regidos por la regla de aportación de parte (*quod non est in actis non est in mundo*), mientras que, en nuestro ordenamiento, el Tribunal está facultado para valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para la aplicación del derecho extranjero (artículo 12.6.2 del Código Civil, redacción anterior a la Ley 1/2.000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil , que era la vigente al interponerse la demanda, y artículo 281.2 de esta última Ley), lo que significa tanto como que debe aplicarlo si es que lo conoce y, al fin, que de hecho la aportación de parte sólo sea necesaria para suplir aquella información. Por otro lado, la norma jurídica extranjera viene designada por la de conflicto del foro, que pertenece al ordenamiento que el Tribunal debe aplicar de oficio (artículo 12.6 del Código Civil). Como consecuencia, el derecho extranjero no tiene que ser alegado en el proceso por las partes para que el Juez deba tener en cuenta la designación que de él efectúa la norma de conflicto, por mas que ello sea para darle el tratamiento procesal que corresponda. *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."

6 ROJ: STS 810/1960

7 ROJ: STS 3760/2005

1.3.–La prueba del Derecho extranjero en el proceso

Como regla general, se puede afirmar que cada vez que debe aplicarse un Derecho extranjero, éste debe probarse en un concreto proceso. El Derecho extranjero se debe probar porque se parte del principio de que las partes y el tribunal no conocen el Derecho extranjero ni tiene el deber de conocerlo⁸. Existe, no obstante, una excepción y ésta es en el caso de que el Derecho extranjero sea conocido por el Tribunal no resulta necesario, entonces, exigir que se pruebe (STS 10 de junio de 2005)⁹

La Ley de Enjuiciamiento Civil, exige, como ya se ha dicho, la necesaria prueba del derecho extranjero, deberá probarse su contenido y vigencia, pero además según doctrina jurisprudencial, *la alegación del derecho extranjero es una cuestión de hecho que tiene que ser acreditada, no sólo por lo que se refiere al texto legal concreto, sino también su sentido, alcance e interpretación asignadas por los Tribunales del respectivo país* (Sentencia de 5 de noviembre de 1971)¹⁰.

La finalidad es que el Tribunal español cuando falle lo haga de la manera más similar a como lo haría el Tribunal de origen del Derecho que se prueba.¹¹

Existen dos medios de prueba fundamentales: la prueba documental y la prueba pericial.¹² Son estos los medios más adecuados para la prueba del derecho extranjero. Por lo que al contenido y vigencia se refiere, la más adecuada es la prueba documental, la misma consiste en la presentación de certificaciones diplomáticas y consulares emitidas ya sea por las autoridades en España del país el Derecho del cual se debe probar o por las españolas en este país. Si lo que se trata probar es la interpretación y la adecuación al caso, será mediante prueba pericial, que consiste en el dictámen de dos abogados en ejercicio del país cuyo Derecho trate de probarse.¹³

A pesar de la aparente "lista cerrada" de medios de prueba posibles para llevar a cabo la prueba del Derecho extranjero, existen otros posibles mecanismos, así se trata de un *numerus apertus* de posibles medios de prueba que pueden llevar a cabo las partes, tantos como consideren necesarios o adecuados, a modo ejemplificativo se podría llevar a cabo un interrogatorio a un experto en ese Derecho extranjero (*Expert Witness*) o un dictámen académico elaborado por profesores universitarios, instituciones o centros de investigación especializadas no son medios descartables, sino que podrían llegar a ser más útiles o "fiables" a la hora de acreditar ya sea la vigencia, el contenido o sobre todo la interpretación de ese ordenamiento jurídico. Será ahora el juez el encargado de descartar o aceptar dichos medios como válidos para fundar el Derecho extranjero en el proceso en cuestión.¹⁴

8 J. CARRASCOSA, op. cit en nota 2, pág. 4

9 ROJ: STS 3760/2005

10 ROJ: STS 961/1971

11 Sentencias TS 11.5.1989, TS 7.9.1990, TS 16.7.1991, TS 25.1.1999. (ROJ: STS 2939/1989, ROJ: STS 11301/1990, ROJ: STS 4201/1991, ROJ: STS 282/1999, respectivamente)

12 vid. Art. 317-334 y 335-352 LEC

13 F. F. GARAU SOBRINO, *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Colección Materiales Didácticos núm.099, 2ª ed., Ed. UIB, 2008. pp.97-98

14 El sistema español es un sistema de prueba del Derecho extranjero de "textura abierta" en el cual en ocasiones la prueba del Derecho extranjero corresponde a las partes, en otras ocasiones, corresponderá al juez[F.J GARCIMARTÍN, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación procesal (cinco cuestiones clásicas)*, Madrid, Tecnos, 1994. H. LAMBERTS, "Le statut du droit étranger en droit international privé belge. Vers nouvel équilibre?" *Mélanges R. Vander Elst*, II, Bruselas, 1986, pp. 529 542].

2.- FALTA DE ALEGACIÓN Y/O PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN EL PROCESO:

2.1. El problema procesal

Las partes (en los procesos declarativos ordinarios) son las encargadas de alegar y probar el Derecho extranjero, como se ha explicado en apartados anteriores, básicamente debido al principio de justicia rogada que rige los procesos civiles.

Sabiendo que son éstas las que deben llevar a cabo dicha alegación y prueba para defender sus intereses según la norma jurídica correspondiente, a uno le puede asaltar la duda sobre cuál debe ser la actuación del juez en el caso de que las partes hayan alegado ese Derecho extranjero en el proceso determinado, pero que sin embargo no lo prueben.

Para resolver a la presente cuestión, el art. 429.1 de la LEC manifiesta que "[c]uando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente".

Es decir, el Tribunal tiene la facultad de señalar a las partes la necesidad de práctica de prueba. Ésta sería la solución más correcta ante la falta de práctica de la misma. Si la parte no atiende a la recomendación del Tribunal éste no va a tener más remedio que emitir una sentencia absolutoria sobre el fondo por incumplimiento de las normas sobre la carga de la prueba y por la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto.

Pero el verdadero problema procesal reside en la posibilidad de que la parte ni siquiera alegue el Derecho extranjero aplicable al caso según la norma de conflicto, es decir, la parte ni alega ni prueba el Derecho extranjero. Es éste el punto más conflictivo del presente estudio. Es aquí dónde existe la mayor discusión sobre cómo debe actuar el Juez ante la pasividad o ignorancia de la parte que no alega ni prueba el ordenamiento jurídico adecuado al caso concreto.

En esta situación el tribunal, puede "indicar" a las partes la aplicación al supuesto del Derecho extranjero, para que las mismas puedan llevar a cabo las alegaciones complementarias pertinentes en la audiencia previa al juicio¹⁵. Lo normal sería que las partes acepten las indicaciones del tribunal y a continuación aleguen y prueben lo conveniente, pero no es siempre lo que en la realidad se lleva a cabo. Entrando ya a fondo en la cuestión, en el caso de que las partes no acepten las indicaciones del juez, y no aleguen ni prueben el Derecho extranjero, ¿cuál debe ser la actuación del tribunal ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero?

Pues bien según la jurisprudencia que conocemos existen diversas posturas sobre el tema:

A) Una primera tesis considera necesaria la aplicación sustitutiva del derecho español ante la falta de alegación del Derecho extranjero.

B) La segunda posibilidad es la tesis de la aplicación de oficio del derecho extranjero.

¹⁵ La LEC manifiesta en su art. 443 que la vista comenzará con exposición por el demandante de los fundamentos de lo que pida o ratificación de los expuestos en la demanda si ésta se hubiera formulado conforme a lo previsto para el juicio ordinario. Acto seguido, el demandado podrá formular las alegaciones que a su derecho convengan, comenzando, en su caso, por las cuestiones relativas a la acumulación de acciones que considerase inadmisibles, así como a cualquier otro hecho o circunstancia que pueda obstar a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo.

C) La última posición es la desestimación de las pretensiones de las partes por la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero.

Procedamos al análisis de las mismas:

2.2. Soluciones doctrinales y jurisprudenciales:

A) Aplicación sustitutiva del Derecho español

La primera postura, es decir, la aplicación subsidiaria del derecho español, (*Back to Lex Fori Rule*) consiste en que las partes sólo argumentan sus pretensiones sobre el Derecho español, y no alegan ni prueban el derecho extranjero adecuado. De manera que el Tribunal lo sustituye por el ordenamiento interno, el español que es el aplicable según esta tesis.¹⁶ La base teórica para defender esta tesis es evitar la denegación de justicia y conseguir una respuesta sobre el fondo del asunto.

Según esta teoría la falta de pronunciamiento sobre el fondo del asunto y la desestimación de la demanda vulneraría un derecho fundamental, como es el de la tutela judicial efectiva del art.24 CE y por tanto se piensa que la aplicación subsidiaria del Derecho español sería la solución más constitucionalmente correcta.

Autores como M.Virgós Soriano y F.J. Garcíartín Álvarez han defendido ésta tesis¹⁷, éstos afirman que el sistema jurídico español de Derecho Internacional Privado debe llevarse a cabo como un *Fakultatives Kollisionsrecht*¹⁸, es decir las partes tienen la facultad de omitir la norma de conflicto que remite al ordenamiento jurídico extranjero, prescindiendo de la misma, pudiendo indicar al juez que desean que el litigio se rija por el ordenamiento jurídico interno.

No sólo han sido un conjunto de autores los que han defendido esta tesis, sino que también el mismo Tribunal Supremo ha seguido esta idea desde el siglo XIX, en sentencias como la de 5 junio 2000, la de 13 diciembre 2000, la de 17 julio 2001, la de 5 marzo 2002, la de 29 diciembre 2003, la de 30 abril 2008¹⁹, entre otras. Como consecuencia de ello, está siendo ésta la tesis que aplican a día de hoy muchas Audiencias Provinciales españolas.

Analicemos el porque del rechazo de ésta primera tesis: en primer lugar vulnera la imperatividad de las normas de conflicto del art 12.6 Cc que ya se ha explicado que si la norma de conflicto indica que el Derecho extranjero es el adecuado al caso, éste es el único aplicable. En segundo lugar, esta tesis permite la simulación de estrategias por las partes para la final aplicación del Derecho español al serles más favorable; otro error de la tesis es la inseguridad jurídica que conlleva ya que no se determina previamente cuál es el derecho aplicable, sino que se abre la posibilidad de que las partes puedan decidir cuál eligen si el español o el extranjero en función de sus pretensiones.

Por último cabe analizar una Sentencia del Tribunal Supremo relativamente reciente, la de 18 de octubre 2010, en la misma se puede observar cómo el Tribunal Supremo limita la posibilidad de la aplicación subsidiaria del derecho español al demandado. En el Fundamento de Derecho 4º se afirma que "[p]or otro lado, y en aras de agotar la respuesta judicial, además de que la sentencia recurrida explícitamente declara la falta de prueba del contenido y vigencia del derecho argentino, y

16 Según esta tesis la *Lex Fori* presenta una competencia "general y residual" para regular todo supuesto de Derecho privado. Por ello, según esta tesis, ante la falta de "regla especial"(aplicación del Derecho extranjero), se vuelve a la "regla general", sólo así se evita la denegación de justicia. (E. Bartin, H. Batiffol citados en A.L CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol.I, 13ª ed., Ed. Comares, Granada 2012. pp.447-449)

17 F.J MARTÍN ALFÉREZ, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, Madrid, 1994, pp.104-105.

18 La base de esta tesis fue articulada por A. Flessner en su obra "Facultatives Kollisionsrecht", *RabelsZ*, 1970, pp.547-584

19 ROJ: STS 4611/2000, ROJ: STS 9180/2000, ROJ: STS 6284/2001, ROJ, STS 1564/2002, ROJ: STS 8509/2003, ROJ: STS 1632/2008, respectivamente.

debe tenerse en cuenta que cuando ello sucede en relación con la demanda o reconvencción acarrea su desestimación por cuanto se trata de un hecho constitutivo, de modo que la *aplicación subsidiaria* del Derecho español es sólo para cuando la alegación y falta de prueba del derecho extranjero se produce en relación con el *demandado*²⁰.

Después de ésta sentencia sólo se puede estar a la expectativa de que el Supremo cambie su línea de actuación y deje de aplicar el Derecho español de manera subsidiaria, no obstante aún esta por ver si finalmente se abre a raíz de la sentencia una nueva línea jurisprudencial²¹.

B) Aplicación de oficio del Derecho extranjero.

Como segunda tesis posible para dar solución al problema planteado, está la de la aplicación de oficio del Derecho extranjero. Autores como J.C Fernández Rozas y S.Sánchez Lorenzo²² son defensores de la misma. Como su nombre indica consiste en que el Juez de oficio aplique el Derecho extranjero designado por la norma de conflicto cuando las partes ni lo han alegado ni lo han probado.

El principal problema de esta segunda tesis es la total contradicción de la misma con el art. 218 de la LEC que prohíbe al tribunal apartarse de la causa de pedir de las partes, es decir la sentencia no sería congruente con la pretensión de las partes ya que las mismas no han alegado ni probado ese ordenamiento extranjero. Además esta tesis rompe la regla de la carga de la prueba del art. 282 LEC según la cual son las partes, en los procesos declarativos ordinarios las que deben probar lo necesario para ver favorecidas sus pretensiones, no siendo necesario volver a argumentar el porqué de nuevo y teniendo en mente siempre el principio dispositivo que rige en este caso, y que los intereses en juego son particulares y no públicos.

No obstante existen países como Rumanía, Italia o Suiza que han apostado por un modelo "de prueba de oficio del derecho extranjero". Los motivos en que se basan dichas doctrinas es que en el siglo XXI la aplicación del Derecho extranjero afecta a toda la sociedad y cada vez son más los conflictos en Europa en los que se aplica un derecho que no es el propio de cada país, y se cre que una estructura pública de prueba del Derecho extranjero es más beneficiosa debido a su menor coste y mayor practicidad que la prueba particular.

Según esta doctrina, este modelo asegura de modo radical la *justicia del DIPr*²³, si un litigio debe resolverse mediante la aplicación del Derecho extranjero, la aplicación de la *Substantial Lex Fori* impediría dicha justicia aplicando un ordenamiento distinto al designado por la norma de conflicto.

Sin embargo, no deja de ser una tesis *contra legem* la aplicación de oficio ya que según el ordenamiento jurídico español son las partes las que deben probar el derecho extranjero.

En definitiva, al tribunal no le está permitido aplicar de oficio el Derecho extranjero aplicable al caso, ya que no ha sido probado por las partes, y lo no probado no existe "*non esse et non probari paria sunt*".

20 ROJ: 5162/2010. En esta sentencia se indica que cuando la demanda o reconvencción no va acompañada de la prueba del contenido y vigencia que corresponde del Derecho extranjero, procede, entonces, su desestimación por cuanto se trata de un hecho constitutivo.

21 véase A.L CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol.I, 13ª ed., Ed. Comares, Granada 2012. pp.450.

22 J. C FERNÁNDEZ ROZAS, *Artículo 12, apartado 6 del Código civil: Aplicación judicial y extrajudicial del Derecho extranjero*, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, eds. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995. pp.1016-1019. y J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1993, págs. 464-465.

23 J. ERAUW, *Something Funny Happened to Foreign Law on Its Way to the Forum*, Law and Reality. Essays on National and International Procedural Law in Honour of CCA. Voskuil, Dordrecht, Boston, London 1992, pp.63-77.

C) Desestimación de la demanda.

Como última tesis (a mi parecer la más acertada), la tesis de la desestimación de la demanda, consiste en que si las partes no han alegado ni probado el Derecho extranjero a un supuesto en el cuál según la norma de conflicto ése era el aplicable, y sólo argumentan teniendo en cuenta el Derecho español, el Tribunal debe desestimar la demanda por incumplimiento de las normas sobre la carga de la prueba y por la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto.

Existen dos artículos en la Ley de Enjuiciamiento Civil que delimitan cual es la *causa petendi* dentro del objeto del proceso. Por una parte, el art.218.1 en su segundo párrafo afirma que "[e]l tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso (...). Y por otra parte el art. 400.1 completa lo anteriormente dicho: "[c]uando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior".

Es decir, la causa de pedir se compone tanto por los hechos como por los fundamentos de derecho, y por tanto si las partes no basan su causa de pedir en el Derecho extranjero, el tribunal dictará una sentencia absolutaria sobre el fondo, desestimando las pretensiones. En definitiva, si la pretensión está mal formulada debe desestimarse. De lo contrario, el Tribunal podría cometer incongruencia.

La gran consecuencia de esta tesis es que una vez la sentencia sea firme, las partes no podrán volver a plantear el litigio en España, por el efecto de "cosa juzgada" que se desprende del art. 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, se trata de el efecto vinculante que toda resolución firme dictada en un proceso concreto despliega respecto de las partes, que les impide impugnar aquella decisión, y respecto del Tribunal de dicho proceso, que le obliga a "estar en todo caso lo dispuesto en ella"²⁴.

Esta tesis ha sido defendida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo entre 2001 y 2004: Sentencia de 22 de mayo 2001, Sentencia de 25 Mayo 2001²⁵.

Según A.L Calvo Caravaca y J. Carrascosa González²⁶ existen numerosos argumentos en favor de esta tesis:

a) El Tribunal no puede aplicar de oficio el Derecho extranjero si éste no se ha probado. Ni aplicar subsidiariamente el derecho español porque vulneraría con la norma de conflicto del art. 12.6 Cc.

b) El Tribunal no puede resolver mediante fundamentos de Derecho distintos a los que las partes han hecho valer.

c) De esta manera se evita que las partes hagan aplicable el Derecho español a su voluntad.

d) Refuerza la seguridad jurídica, no permitiendo la aplicación de un Derecho distinto al que designa la norma de conflicto.

e) No supone ninguna denegación de justicia, sino una respuesta *motivada* a la pretensión; toda demanda con fundamento jurídico irreal o incorrecto debe desestimarse.

24 ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ, *Lecciones de Derecho Procesal Civil I: El Proceso de Declaración*, núm.159, 1ª ed., Ed. UIB, 2012. pp.257-260

25 RJ: 2001/6477, RJ: 2001/8698

26 A.L CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol.I, 13ª ed., Ed. Comares, Granada 2012. pp.451-452.

III.- LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

1) Sentencia 10/2000, de 17 de enero.

Esta es la primera Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la materia. Se trata de una recurrente de nacional armenia y residente en Bilbao, que presentó en su día demanda de separación matrimonial contra su esposo también armenio; la recurrente señaló las dificultades para aportar y acreditar la legislación civil armenia, que era la aplicable al caso, y frente a dicha dificultad solicitaba la aplicación de la legislación española. En escrito de ampliación de prueba solicitó la admisión y práctica de nuevas pruebas, entre ellas la aportación del Código Civil de la URSS de 1987. La demanda fue desestimada debido a que siendo aplicable el Derecho armenio, la actora debía probar el *contenido* y *vigencia* del mismo, cosa que no se dió ya que la traducción al español del Código era insuficiente y no se había especificado el ámbito de aplicación territorial de dicha norma. Ante lo sucedido, se interpuso recurso de apelación con el fin de poder acreditar el Derecho Civil extranjero que era aplicable, se instó el mecanismo de cooperación jurídica internacional al Ministerio de Justicia. Sin embargo, la contestación incluía documentación en ruso de imposible traducción, por ello la apelante suplicó, por imposibilidad material, la suspensión del señalamiento de vista hasta que no se hubiera cumplimentado dicha prueba, ya que la misma resultaba imprescindible para fundar sus pretensiones. Sin esperar a la segunda comisión rogatoria, la Audiencia Provincial dictó sentencia argumentando que no podía ser acogida la suspensión de la vista por haber precluido con creces el período de prueba; de manera que confirmó la sentencia de Instancia, alegando el desconocimiento de la sala las normas del derecho extranjero aplicable. La recurrente en amparo invocaba su derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión (art. 24.1 CE). Razonaba que la prueba del derecho extranjero había sido admitida a trámite en segunda instancia, no se fijó plazo para su práctica y el retraso de la misma fue debido a causas que no le eran imputables, además la práctica de dicha prueba resultaba fundamental para sostener sus pretensiones. El Ministerio Fiscal coincidía con la recurrente.

El Tribunal Constitucional recuerda el significado del derecho a la tutela judicial efectiva, "siempre que la respuesta del órgano judicial esté viciada sin razón ni fundamento jurídico alguno, cuando la propia actuación del órgano es la que provoca la efectiva denegación de justicia, se estará provocando indefensión a la parte"²⁷. En el presente caso, el Tribunal considera vulnerado el derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE, ya que es el propio órgano judicial el que causa la indefensión, frustrando la práctica de determinada prueba que previamente había sido aportada por la parte y declarada pertinente. Según el Código Civil, debe tenerse presente que en el momento era aplicable el antiguo art. 12.6 Cc, el Derecho extranjero es un "hecho" que debe ser probado por quien lo alegue y el juzgador podrá valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios para su aplicación. El presente supuesto debido a las singulares circunstancias, trasciende de la mera legalidad ordinaria para adquirir relevancia constitucional, se considera que la frustración de la prueba es imputable al órgano jurisdiccional. La recurrente aportó un principio de prueba de el derecho extranjero, y dicha frustración perjudicó a la demandante en amparo, por lo tanto el TC reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente otorgándole el amparo solicitado. "A la vista de este cúmulo de circunstancias, es obligado considerar que la *frustración de la práctica de la prueba* sobre el derecho extranjero es imputable a la actitud de la Audiencia Provincial, quien no dio ninguna razón para celebrar la vista y dictar Sentencia antes de la devolución de la segunda comisión rogatoria, sin que por tal pueda tenerse el simple hecho, por otra parte evidente, de que no se pudo practicar dicha prueba como consecuencia, obviamente, de no haberse devuelto la tantas veces citada segunda comisión rogatoria"²⁸

27 Fundamento de Derecho segundo.

28 Fundamento de Derecho cuarto.

2) Sentencia 155/2001, de 2 de julio.

En este caso, dos trabajadoras españolas prestaban sus servicios como administrativas en la Oficina Comercial de España en Pekin con contratos laborales no sujetos a convenio, por lo cual percibían un salario bruto fijado en marcos alemanes; en el contrato de trabajo se especificaba que "las restantes condiciones de trabajo se regirán por la reglamentación laboral del país o en su defecto por la legislación española". En abril de 1995 las trabajadoras comenzaron a percibir la retribución en dolares USA. Disconformes presentaron demanda cifrando los perjuicios económicos ocasionados. La parte demandada alegó excepción de incompetencia de jurisdicción por razón del territorio, afirmando, además, que la legislación aplicable era la china por ser éste el lugar de desarrollo del trabajo, por lo tanto, las partes debían de probar el derecho extranjero. Por otro lado, las trabajadoras aportaron documentos normativos de la Ley china sosteniendo nuevamente que era la española la ley aplicable al caso. Finalmente, el Juzgado concluyó que la legislación aplicable era la legislación china, por lo dispuesto en el art. 10.6 Cc y teniendo en cuenta que era allí donde se encontraba la residencia de los trabajadores y dónde se firmaron los contratos de trabajo. No obstante, manifestó que "cuando a los Tribunales españoles no les es posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrán de juzgar y fallar según el Derecho patrio"²⁹ de manera que si éste no quedó suficientemente acreditado lo procedente era acudir a la legislación española, así procedía la estimación de la pretensión de las actoras. Contra dicha resolución la parte demandada interpuso recurso de suplicación, alegando además de la disconformidad con la cuantía, el incumplimiento del art.12.6 Cc, ya que ante la clara aplicación del Derecho chino, éste tenía que haber sido probado por la parte actora, y que no le correspondía a él mismo la prueba del Derecho extranjero por haberlo excepcionado, pues de lo contrario bastaría con que la parte actora no alegara ni probara el derecho extranjero para que a su relación se le aplicara interesadamente las normas de derecho español. Alegó además la insuficiencia de las pruebas presentadas por las trabajadoras.

En el recurso de amparo que interpusieron las trabajadoras el Tribunal Constitucional comienza analizando el tema de la exigencia de prueba a la parte actora del derecho extranjero, manifestando que no entiende que produzca indefensión al no resultar de imposible cumplimiento. El Tribunal analiza el derecho a la tutela judicial efectiva y en concreto en cuanto a la *motivación* de las Sentencias, recordando que es obligatorio exteriorizar el fundamento de la decisión que adopta el órgano jurisdiccional, con la necesidad de evidenciar que el fallo no es el resultado de un simple arbitrio o voluntad del juzgador sino un razonamiento jurídico fundamentado en Derecho. Para finalizar manifiesta el TC que "[e]n el supuesto enjuiciado lo cierto es que el órgano judicial impidió a la parte actora conocer la *ratio decidendi* de su resolución, es decir, las razones por las cuales se revocó la anterior decisión judicial, denegándole su derecho al cobro de las diferencias salariales pretendidas en contra, no sólo del reconocimiento de tal derecho efectuado por el Juez «a quo», sino también del propio reconocimiento efectuado por la parte demandada de la existencia de la deuda contraída con las actoras, y todo ello contrariando, a la hora de aplicar la legalidad vigente, la doctrina sentada en la materia por el Tribunal Supremo de deberse estar, *en defecto de prueba del Derecho extranjero invocado en el proceso, al Derecho español*, según se desprende de una reiterada jurisprudencia. Doctrina jurisprudencial que, ciertamente, es *más respetuosa* con el contenido del art. 24.1 CE que la solución adoptada por la Sentencia impugnada de tener por decaída la demanda, dado que el Derecho español, con carácter sustitutorio del que resulta aplicable, también puede ofrecer en una situación de tráfico externo la respuesta fundada en Derecho que el citado precepto constitucional exige. De suerte que, en tanto que la resolución judicial recurrida se aparte de esa jurisprudencia y de la consideración que se acaba de exponer, no

²⁹ Antecedente de hecho segundo (letra g)

resulta irrazonable exigirle un plus de *motivación* justificativo del cambio de criterio y de la privación de un derecho por todos reconocido, extremos que aparecen tan sólo sustentados en una interpretación carente de la necesaria motivación, que no hace sino manifestar que la decisión judicial obedece a un mero voluntarismo selectivo del juzgador³⁰.

3) Sentencia 33/2002, de 11 de febrero.

En esta tercera Sentencia, se trata de una trabajadora que desempeñaba sus servicios como Directora en una empresa de Televisión en Lationamérica. En 1992 firmó un nuevo contrato con la misma empresa pero esta vez trabajando en la Península Ibérica. Una de las cláusulas del contrato especificaba que la empresa podía cambiar la ubicación del puesto de trabajo (con previo aviso) y que el contrato se regiría por la ley inglesa. Así, la trabajadora empezó a desempeñar su trabajo en Madrid. Al cabo de dos años la empresa le comunicó que debía prestar sus servicios en Londres, manifestando ella su disconformidad, ante lo cual la empresa le reiteró su deber de traslado y además que el incumplimiento sería constitutivo de causa de despido. La empresa requirió a la trabajadora el envío a Londres de los justificantes médicos ante su ausencia en el puesto. Finalmente ante la falta en el trabajo y la carencia de justificantes, la empresa le despidió. Por lo anterior, la trabajadora demandó a la empresa por despido ante el Juzgado de lo Social de Madrid, éste concluyó que la actora debía haber probado la legislación inglesa por ser ésta la que regía el contrato, y la falta de cumplimiento de tal carga probatoria no podía implicar la aplicación de la ley española. Así, la demanda fue desestimada por haber omitido la demandante la prueba del contenido y vigencia del derecho aplicable a la relación laboral. Seguidamente, la parte actora interpuso recurso de suplicación solicitando que la Sala declarase la aplicabilidad de la legislación española. El recurso fue desestimado en su integridad, sin entrar a conocer sobre el fondo al haber incumplido la actora una vez más la obligación de acreditar el Derecho inglés aplicable. Siguiendo con el iter procesal, la actora interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo que fue inadmitido.

Por último, la recurrente acudió al Tribunal Constitucional en amparo por entender vulnerados los arts. 14 y 24 CE.

En cuanto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva el TC analizó este derecho afirmando que el mismo no implica necesariamente una resolución sobre el fondo del asunto, pudiendo quedar satisfecho dicho derecho fundamental con una decisión de inadmisión siempre y cuando la misma sea consecuencia de un razonamiento y proporcionado de una causa legal en la que se prevea tal consecuencia. No obstante, el Tribunal considera que en el caso concreto se ha vulnerado el Derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción en orden a la obtención de una resolución sobre el fondo. Tanto el Juzgado de lo Social como el TSJ, ante la falta de prueba del Derecho extranjero, optaron por no resolver sobre la pretensión deducida por la actora (despido improcedente o nulidad del mismo), evitando además hacerlo a través de la aplicación subsidiaria del derecho laboral español. También afirma el Tribunal que al ser la parte demandada la que había invocado el derecho inglés, era ésta la que lo debía probar y acreditar el contenido y vigencia y no la parte actora. Concluye afirmando que le fue negada a la actora de forma no razonable una resolución sobre el fondo del asunto, lesionando por tanto el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente y acaba por otorgarle el amparo.

Cabe tener en cuenta una afirmación que hace el TC en el Fundamento Jurídico quinto: "la proclamación del derecho a la tutela judicial efectiva llevada a cabo en el art. 24.1 CE no implica el reconocimiento de un derecho a un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión llevada ante los

30 Fundamento de Derecho quinto.

órganos judiciales, pudiendo quedar satisfecho dicho derecho fundamental en el momento del acceso a la jurisdicción con una decisión de inadmisión, siempre y cuando esta respuesta sea consecuencia de la *aplicación razonada y proporcionada de una causa legal* en la que se prevea tal consecuencia". Es decir, lo relevante no es si se admite o se inadmite la demanda sino el "modo" de llevar a cabo dicha actuación, es imprescindible que la decisión que lleven a cabo los órganos jurisdiccionales esté siempre motivada.

En esta sentencia aparece un importante Voto Particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, discrepando con la mayoría, en cuanto a la solución de fondo sobre la vulneración del art.24.1 CE, que es lo que interesa en este estudio. El Magistrado considera que no se ha producido ninguna situación de indefensión. Se posiciona a favor de las Sentencias recurridas, argumentando que la norma de conflicto del art 12.6 Cc, en cuanto a la imputación de la carga de la prueba del derecho extranjero, cuando se trate del fundamento de la pretensión de la parte actora y las consecuencias de la falta de prueba son cuestiones de legalidad ordinaria, y por tanto se debe su interpretación y solución al Tribunal Supremo. Por tanto, el Magistrado considera que la Sentencia trata sobre una base conceptual errónea, puesto que en el caso el órgano sí dio un auténtico juicio de fondo, de desestimación de la pretensión de la actora basado en un juicio sobre la legislación aplicable y sobre la carga que en función de ella correspondía a la demandante. El Voto Particular sigue con un detallado análisis del fundamento jurídico segundo de la Sentencia. En resumen afirma que la presente Sentencia no se puede comparar con la STC 10/2000 en la que se le otorgó el amparo a la recurrente, debido a la gran diferencia de circunstancias y la mayor facilidad probatoria del derecho inglés al armenio. En cuanto a la carga de la prueba del derecho extranjero afirma que la no invocación de la norma extranjera no exime a la actora del deber de haberla invocado y ésta falta de invocación no puede jugar a su favor, evitando la misma el deber de probar el derecho aplicable. Por último, en cuanto a la aplicación subsidiaria de la *lex fori*, el Magistrado considera que no es aplicable la legislación española como subsidiaria a la extranjera ante la falta de prueba, basándose en las afirmaciones del Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 de mayo de 2001³¹. En definitiva considera que se debería haber denegado el amparo a la recurrente.

Es destacable la visión que tiene el Magistrado sobre la actuación del TC. Así afirma "[m]e preocupa que la concepción de la que me distancio, al convertir la que estimo una Sentencia de fondo en una Sentencia de inadmisión por razones procesales, esté abriendo un espacio de penetración de este Tribunal Constitucional en el enjuiciamiento de la aplicación de la legislación ordinaria, que, a mi juicio, amplía en exceso los márgenes de enjuiciamiento que podían considerarse ya consolidados en nuestra doctrina"³².

4) Sentencia 172/2004, de 18 de octubre.

Dos años más tarde, el Constitucional vuelve a pronunciarse sobre el tema, en este caso el demandante (nacional español) fue contratado verbalmente en Uruguay para prestar servicios en el Consulado de dicha capital, era delegado sindical del sindicato UGT en la Administración española en Uruguay. En marzo del 2000 se le comunica al demandado la decisión de rescindir su relación laboral por haber llevado a cabo actuaciones irregulares en la tramitación del pasaporte de un futbolista profesional. El trabajador presentó demanda por despido que fue desestimada, frente a la cual se manifestó la procedencia del mismo, y la inaplicabilidad de la legislación española al caso por haberse celebrado el contrato en Uruguay. Por todo ello el demandante recurrió en suplicación por supuesta vulneración del art. 24 CE, el mismo alega que al no haber sido alegado ni probado el

31 RJ: 2001/3381

32 Apartado tercero del Voto Particular

derecho uruguayo, lo procedente era aplicar la legislación española. La Sala confirmó la Sentencia de Instancia desestimando el recurso. Siguiendo con el mismo hilo procesal, el recurrente interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina que fue inadmitido por el Tribunal Supremo. Por último, acudió al Tribunal Constitucional en vía recurso de amparo por entender vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la CE en una triple dimensión: por aplicación a la legislación laboral de la ley uruguaya (cuando según el recurrente ante idénticos presupuestos fácticos el criterio jurisprudencial del TS es el de aplicar la legislación española), por la falta de acreditación de dicha normativa en el expediente y por la falta de mención de la norma aplicada al caso. Tanto el Ministerio Fiscal como el Abogado del Estado en sus alegaciones interesaron la denegación del amparo al recurrente.

El Tribunal Constitucional en su argumentación comienza analizando el derecho a la tutela judicial efectiva que el recurrente consideraba vulnerado. Así expresa que el mismo comprende el derecho de los litigantes a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución motivada, congruente y fundada en Derecho. La motivación de la sentencia es esencial ya que concede la posibilidad al particular de conocer las razones de la decisión que el Tribunal acata, de manera que dicha motivación ha de contener contenido jurídico y no resultar arbitraria. Sigue el Tribunal afirmando que el presente recurso de amparo nada tiene que ver con los que el recurrente menciona para justificar sus pretensiones. En este caso no se ha producido la desestimación de la demanda por falta de alegación o prueba del Derecho extranjero, sino que tanto el Juzgado de Primera Instancia como el Superior de Justicia han considerado probado el derecho extranjero y en base a dicha prueba han entrado en el análisis de fondo del asunto y han considerado procedente el despido, y como consecuencia han desestimado la demanda del recurrente.

En cuanto a las tres peticiones del recurrente, el TC manifiesta: en primer lugar es indiscutible la aplicación de la legislación uruguaya por haber sido contratado el trabajador en Uruguay, a diferencia de la Sentencia de 18 de mayo de 1999 en la cual se acabó aplicando la legislación española porque el contrato fue firmado en España. En cuanto a su segunda petición, el Tribunal manifiesta que los órganos judiciales acreditaron lo suficiente su decisión, y que la misma fue motivada, ya que la Administración despidió al trabajador en base a unos hechos con fundamento jurídico que eran constitutivos de despido, según la legislación uruguaya. Al invocar el demandante la legislación española para manifestar la improcedencia del despido, los órganos judiciales rechazaron su petición por carecer la misma de fundamento, al no ser aplicable al caso la legislación española en que estaba basada. En definitiva, aplicando la legislación uruguaya que fue probada, los órganos judiciales tomaron una decisión sobre el fondo, motivada y adecuada al sistema de fuentes, en base a la valoración de la prueba practicada. Por todo ello, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo. Así concluye que "desde la óptica de la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales debemos concluir que las resoluciones recurridas satisfacen el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, de acuerdo con nuestra doctrina. En efecto, las resoluciones judiciales recurridas exteriorizan los elementos de juicio sobre los que basan su decisión, cuyo fundamento jurídico lo constituye una aplicación no irracional, arbitraria o manifiestamente errónea de la legalidad poniendo así de manifiesto la *ratio decidendi* del fallo judicial y permitiendo conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales determinantes de la decisión jurisdiccional"³³.

33 Fundamento de Derecho quinto

5) Auto 422/2004, de 4 de noviembre

En esta última resolución se trataba de un nacional italiano, que prestaba sus servicios para la embajada de España en Turquía hasta que cumplió la edad de jubilación. El actor presentó demanda en España, reclamando su derecho a percibir pensión de jubilación del Sistema de Seguridad Social español, la cual fue desestimada por falta de acreditación de la legislación laboral turca que era la aplicable a la base de su pretensión. Seguidamente, el actor presentó demanda de suplicación que fue desestimada declarando que tratándose de un trabajador nacional italiano contratado en el extranjero para prestar servicios en el extranjero y al no haber pacto de sometimiento a ninguna normativa, la ley aplicable era la de Turquía por ser éste el lugar donde se prestaban los servicios. En vista de la resolución presentó recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo que fue indemitido por falta de tal contradicción.

El Tribunal Constitucional al entrar a resolver consideró que la demanda incurre en causa de inadmisión por manifiesta carencia de contenido constitucional. Así, no podía considerarse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en ninguna de las resoluciones recurridas. El Tribunal recuerda una vez más la necesidad de motivación de las Sentencias, las mismas han de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles son los criterios del juzgador para tomar tal decisión. Ha de tratarse de una resolución motivada, no arbitraria y jurídicamente fundada. Aplicó esta doctrina al caso y finalizó afirmando que no existía una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Considerando suficientemente motivada la decisión recurrida al haber permitido el juzgador conocer su razón de tal decisión, ante la falta de acreditación por la parte demandante del contenido de la legislación turca, no podía prosperar su decisión. El rechazo de aplicar la legislación española al caso no constituye una denegación injustificada del derecho a la tutela judicial efectiva, sino de una aplicación razonable de la legalidad ordinaria. Así el Tribunal decidió inadmitir a trámite la demanda de amparo interpuesta por el actor.

III. CONCLUSIONES: LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Después de referirme a las Sentencias del Tribunal Constitucional sobre el tema, es conveniente analizar la doctrina para esclarecer cuáles son las líneas que ha seguido este Tribunal para la determinación de la solución ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero. Ya hemos visto en el apartado II.2.2 las tres posibles soluciones que existen ante este problema: aplicación del Derecho español, aplicación de oficio del Derecho extranjero o desestimación de la demanda. Ahora bien, entremos a intentar determinar cuál de ellas es la que ha seguido el Tribunal para dar una respuesta a los recurrentes.

Hasta la actualidad, las resoluciones más significativas que ha resuelto el Constitucional sobre el asunto son las analizadas en el apartado II de este trabajo. En las tres primeras, los recurrentes obtuvieron el amparo; sin embargo, en las más recientes se les ha denegado el recurso. Para llegar a éstas soluciones el Tribunal debido a su función de máximo órgano protector y garante de los derechos fundamentales, cuando entra a resolver un recurso de amparo debe analizar las circunstancias que acontecen y dar, de manera justa y nunca arbitraria una resolución basada en derecho que conceda el restablecimiento de los derechos vulnerados o en caso contrario, su denegación.

En las presentes Sentencias, el derecho fundamental que los recurrentes consideran vulnerado en todas ellas es el reconocido en el art. 24.1 de la Constitución Española, esto es el derecho a la tutela judicial efectiva: "[t]odas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión". Si en un supuesto, la parte no alega ni prueba el derecho extranjero aplicable al caso según la norma de conflicto, sería correcto que el Tribunal inadmitiese la demanda por dicha carencia, o con su actuación vulneraría el derecho fundamental mencionado. Dejaría de vulnerar dicho derecho si aplicase el Tribunal subsidiariamente el ordenamiento jurídico español, o sería más conveniente que el mismo Tribunal de oficio aplique la ley extranjera a la que le remite la norma de conflicto. Estas cuestiones son el núcleo de la doctrina que se va a interpretar.

Después de una lectura doctrinal de las Sentencias, se puede considerar que el Constitucional no ha llegado a una línea de actuación clara en la materia. No podemos afirmar que en sus resoluciones el Tribunal Constitucional se muestre a favor de aplicar subsidiariamente el ordenamiento español en caso de no poderse probar el Derecho extranjero. Lo más que ha llegado a decir en la STC 155/2001 es que la aplicación subsidiaria del derecho español es una interpretación constitucionalmente más respetuosa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva³⁴.

Comencemos el estudio con las tres primeras sentencias en las cuales fue otorgado el amparo, que son las más significativas y veamos que razones se dan para llegar a dicho otorgamiento. En la primera de sus resoluciones, STC 10/2000, que ha de ser, en principio, la base sobre la que habría de haber suelto el Tribunal las siguientes, la recurrente en amparo había tratado de conseguir aportar prueba suficiente del contenido del ordenamiento armenio, no obstante su intención chocó con los tribunales inferiores, que terminaron desestimando la demanda. El TC concede el amparo pero deja muy claro que el supuesto era singular, y debido a dicha singularidad, a mi parecer, no puede aplicar el mismo criterio para otorgar el amparo en las siguientes resoluciones STC 155/2001, STC 33/2002. Ya que en éstas los recurrentes no alegaron ni intentaron probar el Derecho extranjero aplicable.

Pues bien, a diferencia de la primera Sentencia en la que la recurrente alegaba la Ley armenia, en las siguientes los actores trataban de aplicar al caso la normativa española que no era, según la

34 F. F. GARAU SOBRINO, *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, núm.099, 2ª ed., Ed. UIB, 2008. pp. 101-103

norma de conflicto la aplicable; no obstante el Constitucional otorgó el amparo por carencia en ambas de una resolución sobre el fondo. Según el Constitucional la inadmisión de la demanda ante la falta de alegación y prueba en ambos casos vulnera el art. 24.1 CE

De lo anterior, podemos deducir que el primer caso, es singular, como manifestó el Tribunal, y por tanto no puede ser base doctrinal sólida para aplicar como regla general a todos los casos en los que no se pruebe el derecho extranjero, ya que en este caso sí que hubo una actitud de intentar probarlo por la recurrente, pero dicha intención se vió frustrada por causas no imputables a la misma.

Por tanto, a la primera conclusión a la que se puede llegar, es que lo importante es que la parte alegue ese derecho extranjero aplicable e intente probarlo, recordemos la STS de 10 de junio de 2005³⁵ junto con el art 281.2 LEC *in fine*, que manifiesta que para la aplicación del Derecho extranjero el Tribunal "pueda valerse de cuantos *medios de averiguación* estime necesarios para su aplicación", de manera que éste podrá *colaborar* con la parte para determinar cuál es el verdadero contenido y vigencia de la norma. Esto resulta, en ocasiones, ciertamente difícil, pues la referida posición de nuestros Tribunales y autoridades les conduce a afirmar, en muchas ocasiones, la no aplicación de tal Derecho basándose en la inexistencia de la prueba o a una defectuosa práctica de la misma. Ciertamente la aplicación del Derecho extranjero en determinados supuestos no resulta sencilla. Ahora bien, esta dificultad en modo alguno puede justificar la técnica del mínimo esfuerzo que parece haber caracterizado la actuación de nuestros Tribunales y autoridades en este ámbito³⁶.

Siempre que la parte tenga una actitud activa de alegación y prueba, existirá dicha colaboración por parte del Tribunal, ya que es a ella a quien le interesa un juicio a favor de sus pretensiones, y por tanto, si el demandante omite la alegación del derecho aplicable según la norma de conflicto no está basando sus pretensiones correctamente y las mismas no pueden ser resueltas por el Tribunal, no quedándole otro remedio a éste que inadmitir la demanda por falta de alegación y prueba del Derecho extranjero, por inexistencia de la razón jurídica base del problema a resolver. Es recalable el caso de los procesos especiales, en los cuales, como ya se ha dicho³⁷ el Tribunal puede decretar de oficio la práctica de las pruebas correspondientes al Derecho extranjero aplicable (art. 752.1 *in fine* LEC): "[s]in perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes". Por tanto, en estos procesos el Tribunal puede sustituir la inactividad probataria de las partes ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero.

Pero el gran problema, que aparece repetido en las cinco Sentencias del Constitucional es que en ningún lado aparece la menor objeción constitucional a la interpretación del art. 12.6 Cc realizada por los tribunales ordinarios. Es en la no utilización exhaustiva de esa misma ley donde se halla el germen y razón de la crítica. En todo caso es claro que no vale para construir una teoría universalmente aplicable³⁸.

Podemos ver en la actualidad como los Tribunales siguen aplicando el ordenamiento español ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero, para no inadmitir la demanda; y así entrar en el fondo del asunto siendo más "respetuosos" con ese derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Pero esa solución es radicalmente contraria con la imperatividad de la norma de conflicto del art.12.6 Cc, y resuelve supuestos a los que se debería aplicar una norma con otra que puede que no sea tan indicada para el caso concreto. En definitiva, con un ordenamiento jurídico

35 FD 1º: "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."

36 op. cit en nota 22, pág. 9

37 op. cit en nota 4, pág. 4

38 L.F CARRILLO POZO. *Una doctrina constitucional sobre alegación y prueba de la Ley extranjera*.

Publicación: Aranzadi Social num. 7/2003 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2003. BIB 2003\878

que no es el adecuado respecto a los sujetos y a los hechos que se aplica.

Ya se ha dicho que el tema de la falta de alegación y prueba del derecho extranjero es un tema de discutida doctrina, ya analizada. Intentemos ahora sacar las ideas finales al tema y qué consecuencias se desprenden de las mismas.

Como idea principal, si en un proceso, según la norma de conflicto del art 12.6 de Código Civil, que manifiesta "[l]os Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español", la relación jurídica debe regirse por un ordenamiento jurídico extranjero, es sobre éste Derecho sobre el que la parte debe basar sus pretensiones. Tomando esta idea como punto de partida, podemos concluir:

- En primer lugar, la falta o insuficiencia de prueba del derecho extranjero se puede controlar mediante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, hasta incluso otorgar el amparo a aquél sujeto que ha visto inadmitida su demanda por un juicio sobre insuficiencia probatoria arbitrario o injustificado.
- Por otra parte, no se trata sólo de que la parte demandante sea la que alegue ese derecho extranjero en la relación jurídica en la que debe ser aplicado, sino que la parte demandada puede alegarlo y probarlo de manera acreditada, de tal forma que ambas deberán someterse a dicho Derecho sin que la primera pueda alegar indefensión por tal actuación.
- Otra idea importante es que la aplicación subsidiaria del derecho español vulneraría el carácter imperativo del art. 12.6 del Código Civil, una pretensión mal fundamentada ha de desestimarse. Pues bien, si la norma de conflicto española establece que el Derecho aplicable es el extranjero, esta conclusión imperativa no puede desplazarse como consecuencia de la mayor o menor diligencia probatoria de las partes en el proceso, porque esto convertiría en algo disponible algo que no lo es y favorecería además las conductas estratégicas³⁹. En ninguno de sus pronunciamientos el Alto Tribunal es favorable a la aplicación subsidiaria del derecho español, simplemente afirma que es una interpretación "más favorable" con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.
- Podemos llegar a la conclusión de que la teoría de la desestimación de la demanda es conforme al derecho constitucional del art. 24.1 CE siempre y cuando cumpla una serie de condiciones: que se trate de una resolución motivada, fundada en derecho y no sea arbitraria⁴⁰. Por tanto, no se trata de una teoría contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sino conforme a dicho mandato legal y más adecuada a la norma de conflicto del art.12.6 Cc que la teoría de la aplicación subsidiaria del ordenamiento interno.

En mi opinión, es hora de que se establezca por fin una línea de actuación unificativa a todos los supuestos. Una demanda mal fundamentada, por falta de alegación del Derecho extranjero aplicable al caso, de ninguna manera puede suponer acabar aplicando el ordenamiento interno, que no es el adecuado según la norma de conflicto. La desestimación de las pretensiones, mediante una sentencia fundada en derecho, motivada y no arbitraria sería la solución adecuada, sin que ello suponga en ningún caso una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Estamos a la espera de un nuevo y definitivo pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el tema, que cierre todos los interrogantes y críticas hasta ahora planteados. O, también una modificación de las normas procesales sobre la alegación y prueba del Derecho extranjero que aclare la postura a seguir en los supuestos de falta de alegación y prueba, o de prueba insuficiente, del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto.

39 F. F. GARAU SOBRINO, *Derecho Internacional Privado del Trabajo y de la Seguridad Social, Ley aplicable al contrato de trabajo y prueba del derecho extranjero*, Anuario español de Derecho Internacional Privado 2005. pp.720-722

40 Así, STC 155/2001, STC 172/2004, ATC 422/2004

IV. BILIOGRAFÍA :

-A.L CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Aplicación del derecho extranjero en España y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Anuario de Derecho, Universidad de Murcia, núm. 17, 1999. pp. 285-306

-A.L CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol.I, 13ª ed., Ed. Comares, Granada 2012. pp.446-455/ 257-260

-F. F. GARAU SOBRINO, *Derecho Internacional Privado del Trabajo y de la Seguridad Social, Ley aplicable al contrato de trabajo y prueba del derecho extranjero*, Anuario español de Derecho Internacional Privado 2005. pp.720-726

-F. F. GARAU SOBRINO, *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, núm.099, 2ª ed., Ed. UIB, 2008. pp.94-106

-F. LÓPEZ SIMÓ / I. TAPIA FERNÁNDEZ, *Lecciones de Derecho Procesal Civil I: El Proceso de Declaración*, núm.159, 1ª ed., Ed. UIB, 2012. pp.167-176

-J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1993, págs. 464-465

-J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Artículo 12, apartado 6 del Código civil: Aplicación judicial y extrajudicial del Derecho extranjero*", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, eds.), t. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995. pp. 973-1082

-J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *"Cinco años después de la LEC 1/2000: Algunos interrogantes en torno a la prueba del derecho extranjero"*. Revista de la facultad de ciencias sociales y jurídicas de Elche, Vol.I, núm 1, 2006. pp. 1-16