

# EL RÉGIMEN DE ALEGACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN ESPAÑA, A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA N<sup>o</sup> 3/2019 DE 8 DE ENERO

**Alfonso Ortega Giménez**

*Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado  
Universidad Miguel Hernández de Elche*

## Resumen

El art. 281.2 LEC obliga a alegar y probar el derecho extranjero en su contenido y vigencia permitiendo al tribunal valerse de los medios de averiguación que estime necesarios para su aplicación. Es a la parte que lo invoque a quien corresponde demostrar el contenido y la vigencia, de modo que, una vez justificados esos dos extremos, dependerá del Juez la aplicación; así lo afirma la **AP Málaga en su Sentencia 3/2019, de 8 de enero** al señalar que, al no acreditarse el Derecho extranjero reclamado en una sucesión, procede resolver la cuestión debatida conforme a las normas del ordenamiento jurídico español.

## Palabras clave

Derecho Extranjero, Derecho Internacional Privado, Tribunales españoles.

## Abstract

The art. 281.2 LEC requires to argue and prove the foreign law in its content and validity allowing the court to use the means of inquiry it deems necessary for its application. It is the party that invokes it to whom it corresponds to demonstrate the content and the validity, so that, once these two extremes are justified, the application will depend on the Judge; This is what the **AP Málaga affirms in its Judgment 3/2019, of January 8**, stating that since the foreign Law claimed in a succession is not accredited, the matter debated must be resolved in accordance with the norms of the Spanish legal system.

## Keywords

Foreign Law, Private International Law, Spanish Courts.

## I. Planteamiento

Actualmente nos encontramos en una sociedad fuertemente internacionalizada por los factores políticos, sociológicos y económicos. El aumento de las relaciones jurídicas sujetas a diferentes ordenamientos jurídicos es la razón de ser del Derecho internacional privado **cuyo objeto básico consiste en determinar la norma jurídica competente para regir una relación concreta cuando ésta última está conectada con dos o más normas jurídicas. Determinar cuándo, por qué y cómo deben aplicarse las Leyes extranjeras es lo que regula el Derecho internacional privado.**

El Derecho extranjero tiene que ser introducido a través de los mecanismos previstos para la prueba dentro del proceso, los artículos 281.2º y 282 de la **Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)**<sup>1</sup> dan cuerpo a un sistema de prueba del Derecho extranjero de textura abierta. **El artículo 281.2 obliga a alegar y probar el derecho extranjero en su contenido y vigencia, permitiendo al tribunal valerse de los medios de averiguación que estime necesarios para su aplicación.**

Así se puede observar en la **SAP Málaga Nº 3/2019, de 8 de enero** en el cual el Tribunal señala que **al no acreditarse el Derecho extranjero reclamado en una sucesión, procede resolver la cuestión debatida conforme a las normas del ordenamiento jurídico español.** La Audiencia, estima la legitimación activa de las actoras y afirma que los órganos judiciales tienen la facultad, pero no la obligación de colaborar a la determinación del contenido del Derecho extranjero en su caso invocado, con los medios de averiguación que consideren necesarios.

En los casos en los que se aplica Derecho extranjero, la parte interesada en su aplicación deberá fundamentar su demanda en el Derecho extranjero y probar el Derecho extranjero, una vez justificados esos dos extremos, dependerá del Juez la aplicación, a cuyo fin podrá desplegar la actividad que estime necesaria. El contenido no puede limitarse a presentar un Código normativo, sino toda la legislación aplicable al caso, la general y especial, de acuerdo con los mecanismos de interpretación propios de la Legislación en la que estén integradas las normas cuya aplicación se pretenda. Si las partes no prueban el Derecho extranjero, éste no podrá aplicarse y el Tribunal tampoco deberá probarlo. Dictará sentencia y desestimará las pretensiones de las partes, como sucedió en la **SAP Málaga Nº 3/2019, de 8 de enero** el cual analizaremos con mayor detalle a continuación.

## II. Hechos, alegaciones de las partes y cuestiones controvertidas

A continuación, se presenta el análisis de la sentencia de la Audiencia provincial de Málaga, en el cual se analizarán los hechos, las alegaciones de las partes, la decisión tomada por el Tribunal y las cuestiones controvertidas respecto a la comprobación del Derecho extranjero.

### 1. Antecedentes de hechos

Como demandante y apelante Estibaliz y Evangelina como demandada y apelada Gregoria. Consecuencia de la controversia acerca de la legitimación de las demandantes. En primera Instancia se desestimó la demanda ejercitada a instancia de Estibaliz y Evangelina por falta de legitimación activa ad causam y como consecuencia se aprecia

<sup>1</sup> BOE núm. 7, de 08 de enero del 2000.

una carencia sobrevenida de objeto respecto de la demanda reconvenional ejercitada con imposición de costas. Contra esta sentencia, se interpuso recurso de apelación. No procede revocar la concesión de justicia gratuita al no apreciarse fraude en la obtención del citado beneficio (**artículo 19.2 de la LAJ**<sup>2</sup>).

Se alza en apelación con el fundamento en haber sido reconocido en el propio procedimiento la legitimación por la parte demandada **por estar legitimados los herederos legitimarios y con ello las viudas ex artículo 807 número 3º del Código Civil**<sup>3</sup> para impugnar por simulación absoluta o relativa los actos de su causante.

Respecto al fondo **solicita la declaración de nulidad por simulación del contrato de compraventa de fecha 20 de octubre de 1976 entre el demandado, y los vendedores** y se declare la titularidad dominical de Alejo, Amadeo, Anselmo y Armando **sobre la finca registral NUM000**. Por último, **se oponen a la usucapión** invocada por la parte contraria en la demanda reconvenional.

## 2. Alegaciones de las partes

La sentencia de instancia considera que **ante la falta de prueba del derecho marroquí los derechos hereditarios de las actoras como cónyuges sobrevivientes se rigen por el derecho español**. Para acto seguido negarles legitimación activa para la impugnación del negocio simulado por no acreditar que la transmisión patrimonial operada haya perjudicado sus derechos legitimarios.

Planteado el recurso en los términos expuestos, **procede analizar en primer lugar la falta de legitimación activa** de las actoras. El argumento de la parte actora recurrente es **que la legitima-**

**ción le fue implícitamente reconocida** por la parte demandada al no oponerse a la medida cautelar de la anotación preventiva de la demanda y, **en segundo lugar, por infracción por la sentencia de instancia de la doctrina jurisprudencial** emanada de nuestro Tribunal Supremo que reconoce la legitimación para el ejercicio de las acciones de nulidad por simulación de todos quienes tengan la cualidad de herederos, sea cual fuere el adjetivo calificativo de su naturaleza (legitimarios, colaterales, testamentarios, abintestato, etc.).

**La parte demandada niega la legitimación de las actoras**, alega que la no oposición a la anotación preventiva de la demanda no puede presuponer reconocimiento de la acción que se ejercitan en el procedimiento principal, ni tampoco la aceptación, de la legitimación **activa ad causam** de las demandantes en dicho procedimiento por entender que carecen de la condición de heredero, sin perjuicio de su derecho a la cuota legal usufructuaria.

En estos términos, los hechos relevantes que configuran **la controversia acerca de la legitimación** de las actoras son los siguientes: De manera conjunta con la demanda se presentó por la parte actora solicitud de medida cautelar de anotación preventiva de demanda por la cual se acuerda la adopción de la medida cautelar solicitada. D<sup>a</sup> Estibaliz y Don Anselmo contrajeron matrimonio en Marruecos el 7 de octubre de 1954. D. Anselmo en el momento de su fallecimiento, 26 de mayo de 2011, tenía nacionalidad española. Doña Evangelina y Don Armando, contrajeron matrimonio en Marruecos el 22 de marzo de 1966. D. Armando falleció el 13 de agosto de 1982 teniendo nacionalidad marroquí. Las actoras que a la fecha de celebración de sus respectivos matrimonios eran de nacionalidad marroquí, adquirie-

<sup>2</sup> Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, (BOE núm. 11, de 12 de enero de 1996).

<sup>3</sup> Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889.

ron con posterioridad la nacionalidad española. Los hermanos D. Alejo, D. Amadeo, D. Armando y D. Anselmo en 1976 carecían de la nacionalidad española.

Las actoras a través de la demanda pretenden la nulidad por simulación del contrato de compraventa de fecha 20 de octubre de 1976 celebrado por el demandado, en virtud del cual compró la finca registral NUM000.

Atendida la doctrina, ningún reconocimiento de legitimación de las actoras puede ser atribuido a la no oposición de la parte demandada a la adopción de la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda solicitada, la legitimación es referida por el artículo 721 número 1º de la LEC<sup>4</sup>.

Se cuestionó por la parte demandada el derecho por el que se regían los derechos hereditarios de las actoras a los fines de negar su legitimación. Como indicó la sentencia de instancia **la oposición de la parte demandada carece de todo apoyo fáctico y jurídico**. De un lado, **porque las actoras gozan en la actualidad la nacionalidad española, al igual que el marido ya fallecido de una de ellas**. De otro, porque, si bien el marido de la otra ostentó hasta su muerte la nacionalidad marroquí, este hecho no afecta en el caso enjuiciado a **la aplicación del derecho material español a la sucesión hereditaria, en cuanto que el derecho extranjero como cuestión de hecho debe ser alegado y probado por la parte que lo invoca, lo que no ha ocurrido en este caso**.

En este sentido, **nuestra jurisprudencia ha afirmado que los órganos judiciales tienen la facultad, pero no la obligación de colaborar a la determinación del contenido del Derecho extranjero en su caso invocado, con los medios de averiguación que consideren neces-**

**rios**. Y ha establecido la distinción entre las normas de conflicto, que se limitan a indicar cuál es el derecho material aplicable a una relación jurídica controvertida, las cuales según el párrafo primero **del artículo 12 del Código Civil**<sup>5</sup> deben ser observadas de oficio, y el propio derecho material, al que no se refiere dicho precepto y que en ningún caso puede ser determinado por el Tribunal. A tenor de esta doctrina, **la norma de conflicto de obligada observancia sería la contenida en el artículo 9 número 8 del Código Civil, que somete la sucesión por causa de muerte a la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento**, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren.

Sin embargo, **el contenido de las normas sustantivas aplicables de dicha Ley, derecho marroquí** respecto del que falleció ostentando tal nacionalidad, **no ha sido acreditado por la parte demandada**. Por lo que, según esta ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo, **procede resolver la cuestión debatida conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico**.

En último lugar, la sentencia de instancia niega la legitimación a las actoras al entender que el cónyuge viudo ostenta la condición de legitimario, pero no de heredero del causante, por lo que su legitimación exige en los supuestos de simulación relativa, que la transmisión patrimonial operada haya perjudicado sus derechos legitimarios.

Acierta la sentencia de instancia en el encuadramiento de la simulación que se predica del negocio objeto de impugnación en el ámbito conceptual de la simulación relativa, por causa de la interposición de las personas intervinientes en el contrato. Como dice el **Tribunal Supremo, sentencia núm. 989/2011, de 29 de diciembre**. Resulta de una evidencia dogmática indiscuti-

<sup>4</sup> BOE núm. 7, de 08 de enero del 2000.

<sup>5</sup> Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de junio de 1889.

ble la legitimación para el ejercicio de las acciones de nulidad por simulación de todos quienes tengan la cualidad de herederos, sea cual fuere el adjetivo calificativo de su naturaleza (legitimarios, colaterales, testamentarios, abintestato, etc.). **La jurisprudencia siempre ha reconocido la legitimación del heredero forzoso para impugnar por simulación absoluta o relativa los actos de su causante.** También, desde antiguo, ha admitido al cónyuge viudo (**artículo 807, párrafo primero, del Código Civil**), la posibilidad de ejercitar acciones en beneficio de la masa hereditaria (**sentencia núm. 240/2017, de 20 de junio de la Audiencia Provincial de Ourense; sentencia núm. 305/2017, de 19 de octubre de la Audiencia Provincial de Madrid; sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2016; Sentencia 4/2013, de 16 de enero; Sentencia 145/2004, de 28 de febrero de 2004; Sentencia 621/2001, de 23 de junio de 2001. También la sentencia 144/2018, de 12 de abril de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 6, del 12 de abril de 2018**). La aplicación de **la doctrina expuesta conduce a estimar que las actoras están legitimadas** en su condición de cónyuges supervivientes en el ejercicio de la acción en beneficio de la comunidad hereditaria.

La revocación de la sentencia de instancia y el reconocimiento de la legitimación activa de las actoras conlleva entrar a conocer en esta alzada de las cuestiones de derecho material planteadas por las partes litigantes que la sentencia apelada dejó imprejuicadas.

La parte demandada opuso en primer lugar la **caducidad de la acción por entender de aplicación el plazo de 4 años** previsto en el **artículo 1301 del Código Civil**<sup>6</sup>. El argumento de la parte demandada no es aceptable (**sentencia núm. 236/2008, de 18 de marzo, del Tribunal**

**Supremo**).

Superadas las excepciones que impedían un pronunciamiento sobre el fondo, entrando a conocer de éste, **la acción ejercitada por las actoras en el presente proceso es la acción reivindicatoria**, con otros pronunciamientos, **basada en la petición de declaración de simulación subjetiva en favor de la comunidad hereditaria de sus respectivos maridos**, según se detalla en el escrito de demanda.

**La acción reivindicatoria**, como acción de quien se presenta como propietario y que tiene derecho a poseer la cosa, para que le sea restituida por el poseedor que carece de tal derecho requiere unos presupuestos ineludibles cuya consecuencia es precisa y cuya prueba es indispensable. El primero de ellos, **como punto de partida es el título de dominio**. En el caso de autos las actoras no han probado el título de dominio de la finca litigiosa solo han aportado pruebas insuficientes de valor jurídico. Tampoco la **prueba documental** aportada con el escrito de demanda y de contestación a la reconvenición acredita extremo relevante alguno por tratarse de meras fotocopias. . En definitiva, **la parte actora no ha probado el hecho básico de la demanda, cual es la prueba del dominio**, por lo que no habiéndose producido ésta, no tiene interés el análisis de los restantes presupuestos: la posesión de la cosa reivindicada por el demandado y la identificación e identidad de ésta.

**El único dato fáctico que ha resultado acreditado al tiempo de adquisición de la finca litigiosa es la carencia de la nacionalidad española de los cuatro hermanos** Armando Alejo Amadeo Anselmo y el disfrute de la misma por el demandado. **Elemento que operaría como razón última de la interposición de éste como titular registral de la finca litigiosa a efectos de**

<sup>6</sup> Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de junio de 1889.

**salvar las restricciones de los extranjeros para adquirir bienes inmuebles en Melilla.**

La usucapión es un modo de adquirir el dominio y los demás derechos reales, tal y como indica el artículo 609 del Código Civil. La sentencia de 10 de mayo de 2007 del Tribunal Supremo define la usucapión, en este caso, **se cumplen la totalidad de los requisitos exigidos que señala dicha normativa, tanto para que prospere la usucapión ordinaria como la extraordinaria**, puesto que el demandado reconviniente ha sido poseedor de la finca en concepto de dueño, de forma pública, pacífica e ininterrumpida, además de tener justo título desde 1976 **habiendo transcurrido con creces desde los plazos exigidos para la usucapión ordinaria y extraordinaria.**

Por todo lo expuesto la Audiencia Provincial declara la **estimación parcial del Recurso de Apelación** contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia N° 3 de Melilla, la imposición a la parte actora de las costas de la instancia.

### 3. Cuestiones controvertidas respecto a la comprobación del Derecho extranjero

#### 3.1. La necesidad de prueba del Derecho extranjero

En la **SAP Málaga N° 3/2019, de 8 de enero**, podemos observar como el Tribunal señala que procederá a resolver la cuestión debatida conforme a las normas jurídicas del ordenamiento español, ante la falta de prueba del Derecho marroquí por lo que los derechos hereditarios de las actoras como cónyuges sobrevivientes se rigen por el Derecho español.

Como consecuencia de la necesidad de **prueba del Derecho extranjero**, regulado en el ar-

tículo 281 de la LEC<sup>7</sup> el cual exige la prueba del Derecho extranjero porque el tribunal no tiene la obligación de conocer la Ley extranjera, sólo está obligado a conocer las normas jurídicas españolas escritas. Es por esta razón que **cada vez que tenga que aplicarse un Derecho extranjero, éste deberá ser probado en el concreto proceso en que se invoque.**

Para clarificar la situación actual sobre la prueba del Derecho extranjero en los tribunales españoles es necesario iniciar una lectura pormenorizada del artículo 281 LEC:

1. La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso.

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

3. Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes.

4. No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.

Este artículo nos posiciona la prueba del Derecho extranjero fuera de los hechos procesales, y de donde se extrae que **“el Derecho extranjero debe probarse en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”**. En este precepto se diferencia entre la “prueba del contenido y

<sup>7</sup> BOE núm. 7, de 08 de enero del 2000.

vigencia” del derecho extranjero, cuya obligación recae sobre la parte que lo alega, y la “aplicación” del mismo, que corresponde al tribunal una vez que ya se ha realizado (o intentado) la prueba por las partes. Dado que debe alegar y probar el Derecho extranjero la parte que invoque su aplicación, resultará irrelevante si ésta ostenta la posición de demandante o de demandado<sup>8</sup>.

Con **Ley de Cooperación Jurídica Internacional** (en lo sucesivo, LCJI)<sup>9</sup> se ha buscado incidir en uno de los aspectos más controvertidos del sistema español de alegación y prueba del Derecho extranjero. Nuestro sistema se caracteriza por ser un sistema mixto que combina el principio de alegación y prueba a instancia de parte con la posibilidad de que el tribunal complete dicha prueba, valiéndose de cuantos medios de averiguación estime necesarios. El artículo 33 de la LCJI señala lo siguiente:

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

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

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

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

Decantándose por la aplicación de la *lex fori*, que es la tradicional en nuestro sistema y la ma-

yoritaria en los sistemas de Derecho Internacional privado de nuestro entorno. Es, asimismo, la solución que más se adecua a la jurisprudencia constitucional de la que se deduce que la desestimación de la demanda conculcaría en determinados supuestos el derecho a la tutela judicial efectiva.

Debe entenderse que la falta de prueba del Derecho extranjero dentro de un proceso judicial es algo excepcional que solo sucederá cuando las partes no consigan probar el Derecho extranjero y sin olvidar la posibilidad de que el tribunal coopere en la acreditación de dicho contenido. Además, han de respetarse los sistemas específicos que en leyes especiales prevean otras soluciones iguales o diversas. No será necesaria la prueba del Derecho extranjero por las partes cuando el tribunal, por alguna razón, tiene ya un exacto conocimiento de tal derecho, pues en ese supuesto deberá aplicarlo de oficio<sup>10</sup>. Por otro lado no será necesario probar el Derecho extranjero cuando la parte lo invoca como mero apoyo de sus pretensiones y no para que sea aplicado por el tribunal español al fondo del asunto.

### 3.2. Forma de probar el Derecho extranjero

Debemos recordar que el Derecho extranjero es un “hecho procesal” con unas características especiales, pero que no deja de ser un hecho y, como tal, debe ser alegado y probado por las partes.

El artículo 33.1 de la LCJI determina que la prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero **se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de otras disposiciones sobre la materia**. En principio, en materia de aportación de pruebas, la Ley de Enjuiciamiento

<sup>8</sup> Vid. SAP Asturias de 10 de febrero de 2012; STS Sala 1ª de 27 de diciembre de 2006.

<sup>9</sup> BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

<sup>10</sup> Vid. ATS de 10 de junio de 2005.

Civil opta por el principio de aportación de parte, existen, a nuestro juicio, excepciones que pueden desembocar en la decisión de acordar de oficio la práctica de pruebas determinadas o la aportación documental cuando lo establezca la Ley. El propio artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice: “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”.

En la **SAP Málaga N° 3/2019, de 8 de enero** el Tribunal señala que **“los órganos judiciales tienen la facultad pero no la obligación, de colaborar con los medios de averiguación que consideren necesarios”**; por lo que el artículo 281.2 LEC, constituye una norma meramente potestativa de modo que si bien permite al juzgador a averiguar por todos los medios que estime necesarios el Derecho extranjero aplicable, no le obliga a ello.

La regulación de la LEC en relación con la alegación y prueba del Derecho extranjero es una regulación “de líneas generales”. Es decir, puede afirmarse que el artículo 281.2 de la LEC contiene un sistema de “textura abierta” en relación con la prueba del Derecho extranjero. Ello significa que el legislador español ha renunciado a elaborar en la LEC una regulación exhaustiva y minuciosa de la prueba del Derecho extranjero. Por ello, la regulación española sobre la prueba del Derecho extranjero es una combinación de “regulación legal básica” y de “regulación jurisprudencial de desarrollo”.

Existen distintos mecanismos previstos en convenios internacionales que permite al tribunal acreditar el Derecho extranjero, como ser la Convención Interamericana sobre Prueba e Infor-

mación acerca del Derecho Extranjero, hecha en Montevideo el 8 mayo 1979. Instrumento de Adhesión de España del 10 de diciembre de 1987<sup>11</sup>, el Convenio europeo acerca de la Información sobre el Derecho extranjero de 7 de junio de 1968. Instrumento de adhesión de 2 de octubre de 1973 de España<sup>12</sup> y Protocolo adicional al Convenio europeo acerca de la información sobre Derecho extranjero, hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978<sup>13</sup>, el Convenio Europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero hecho en Londres el 7 de Junio de 1968<sup>14</sup>, así como diferentes convenios bilaterales con distintos países como Méjico, Marruecos, Republica Checa, China, Bulgaria, Brasil, etc.).

### 3.3. Objeto de la prueba del Derecho Extranjero

Otro aspecto a determinar es qué elementos del Derecho extranjero en cuestión deben ser probados, es decir, cuál debe ser el alcance objetivo de la prueba. En este sentido debe probarse el contenido del Derecho extranjero y su vigencia en el momento de aplicarlo. →

Por lo que respecta a la doctrina, se sostiene que de los requerimientos jurisprudenciales en cuanto a esta materia se puede extraer que deben probarse los siguientes elementos:

a) El contenido literal del Derecho material extranjero: se debe acreditar el contenido literal de las normas materiales de tal Derecho, no basta con una “mera cita aislada de disposiciones extranjeras”<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> BOE núm. 11, de 13 de enero de 1988.

<sup>12</sup> BOE núm. 240, de 7 de octubre de 1974.

<sup>13</sup> BOE núm. 150, de 24 de junio de 1982.

<sup>14</sup> BOE núm. 206, de 28 de agosto de 1982.

<sup>15</sup> Vid. SAP Baleares de 27 de abril de 2006.



b) El contenido literal de las normas de conflicto extranjeras: se debe probar que las normas de conflicto del derecho invocado no provocan un “reenvío” en favor del derecho español, pues en caso contrario el juez español no estaría fallando de la misma forma que lo haría un tribunal del país en cuestión<sup>16</sup>. Cabe decir que la prueba de este extremo no ha sido requerida por muchos tribunales.

c) La vigencia y existencia del Derecho extranjero.

d) La interpretación concreta de las normas del Derecho extranjero<sup>17</sup>.

e) La aplicabilidad del Derecho extranjero al caso concreto<sup>18</sup>.

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”. Interpretando este precepto<sup>19</sup>, por lo que:

1. **Quien invoca el Derecho extranjero deberá “acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma, y su aplicación al caso litigioso”<sup>20</sup>**. Pues se razona que “la aplicación del Derecho extranjero es una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada y probada por la parte que lo invoca”<sup>21</sup>.

2. Se estructura a nivel legal y jurisprudencial: una amplia facultad investigadora que tiene el juez de instancia a la hora de determinar el Derecho extranjero aplicable, no quedando vinculado por las aportaciones de las partes<sup>22</sup> en la que ra-

zona que: “Aunque en sentido genérico se habla, en efecto, de la prueba del Derecho extranjero, criterio que responde en España a una tradición que arranca de la L. 18, Tít. 14 de la Partida 3ª, la evolución doctrinal y jurisprudencial nunca equiparó en sentido estricto la prueba del Derecho extranjero con la prueba de los hechos, pues se ha entendido que no son supuestos idénticos la justificación o acreditación de la norma extranjera y la prueba de los hechos. Se ha hecho notar, en este sentido, que el *iura novit curia*, aun atenuado respecto del Derecho extranjero no se excluye como principio en cuanto al conocimiento de las normas no nacionales, si bien las partes deben cooperar con el juez en la busca de la norma extranjera suministrándole los medios de conocimiento, de manera que más que una actividad probatoria en sentido estricto se trata de una colaboración entre las partes y el órgano. En nuestro sistema procesal vigente, tras la redacción del Título Preliminar del Código Civil, el artículo 12.6 deja claro: a) que la norma extranjera se “acredita”; b) que en su función de aplicador el Juzgador puede valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere oportunos. El término “acreditar” no está empleado de manera vulgar, sino en sentido técnico, lo cual significa que no es necesario que la verificación o comprobación del contenido y vigencia de la norma extranjera se ajuste a las reglas de la prueba rigurosa, sino que responde a los postulados más abiertos de la prueba denominada doctrinalmente “libre”, o en otras palabras, prueba que presupone la libertad de medios probatorios (siempre que sean lícitos

<sup>16</sup> Vid. SAP Madrid de 22 de diciembre de 2008.

<sup>17</sup> Vid. SAP Madrid de 1 de abril de 2014.

<sup>18</sup> Vid. STS 27 de diciembre de 2006.

<sup>19</sup> Vid. STSJ Madrid de 11 de enero de 1999.

<sup>20</sup> Vid. STS de 3 de Febrero de 1975 y de 31 de Diciembre de 1994.

<sup>21</sup> Vid. STS de 28 Octubre de 1968, de 4 de Octubre de 1982; de 15 de Marzo de 1984; de 12 de Enero y de 11 de Mayo de 1989; de 7 de Septiembre de 1990 y de 3 Marzo de 1997.

<sup>22</sup> Vid. STS de 3 de Marzo de 1997.

y se obtengan por medios no prohibidos), y la libertad de valoración o apreciación. Si el juzgador, con la aportación de las partes no se considera suficientemente ilustrado debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable”.

3. Es posible el uso de las diligencias finales para lograr un conocimiento adecuado del Derecho extranjero aplicable, máxime cuando se alegan normas extranjeras y se acreditan en forma defectuosa o contradictoria.<sup>23</sup>

4. Cuando el Derecho extranjero no ha quedado probado en forma alguna o con la suficiente claridad o seguridad, lo procedente no es desestimar la demanda, sino aplicar la legislación española.<sup>24</sup>

Por tanto, para ser eficaces en la prueba del Derecho extranjero **será recomendable probar no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente.**<sup>25</sup>

No cabe confundir la prueba de “legislación” vigente en un determinado territorio, con la prueba “del Derecho” aplicable, concepto este referido a la forma en la que la sociedad y los tribunales de aquel lugar solucionan sus conflictos, no siempre mediante la aplicación de legislación formalmente promulgada, lo que, por lo demás, constituye un hecho notorio en aquellos países en los que rige el *common law*<sup>26</sup>.

El tribunal del foro debe fallar como lo haría un tribunal extranjero<sup>27</sup>. De esta última interpretación, sacamos varias ideas: a) en principio, todas las normas extranjeras son de aplicación. La re-

misión que hace la norma de conflicto española al Derecho extranjero es íntegra. No solo se incluyen las normas de Derecho interno, sino las normas especiales de Derecho extranjero y las de extensión. Pero el juez español no aplicará la norma de conflicto española salvo que se admita el reenvío por retorno y el reenvío de segundo grado; b) debe aplicarse toda fuente extranjera de la que emanan las leyes, incluso instituciones jurídicas de origen extranjero; c) el Derecho extranjero debe aplicarse con la interpretación dada por sus tribunales; y d) se aplicarán las normas de Derecho público o privado siempre que tengan efecto sobre los particulares.

### 3.4. Medios de prueba del Derecho extranjero

En relación con los medios de prueba del Derecho extranjero, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2006 y de 24 de Junio de 2010 ponen de relieve la posibilidad de utilizar “todos los medios de prueba a su alcance”, que venimos a enumerar:

a) **Documentos públicos o intervenidos por fedatarios públicos que pueden aportarse al proceso mediante las correspondientes certificaciones:** El documento extendido por fedatario público es el medio de prueba más extendido en nuestros Tribunales, y que aunque venga a determinar la vigencia y contenido, queda limitado por la falta de interpretación y de aplicación de la norma al caso concreto. La propia alusión en la interpretación de la normativa a aplicar, hecho muy necesario en cualquier litigio, va a restar fuerza probatoria y deberemos complementarla.

<sup>23</sup> Vid. STS de 15 de Noviembre de 1996.

<sup>24</sup> Vid. STS de 11 de Mayo; de 21 de Junio de 1989 y de 22 Marzo de 1994.

<sup>25</sup> Vid. STS de 25 de Enero de 1999; SAP de Castellón de 22 de Noviembre de 2002.

<sup>26</sup> Vid. STS de 24 de Junio de 2010.

<sup>27</sup> Vid. STS 390/2010.

b) **Prueba pericial** (artículo 335 LEC): informe elaborado por “Expertos en el Derecho Extranjero”. Los “expertos” pueden ser tanto del país cuyo Derecho se trata de probar como de otra nacionalidad incluso española (es una buena opción acudir a Abogados, Notarios o Profesores de Derecho Internacional Privado). Este es el medio de prueba más completo y que puede y debe probar no sólo la vigencia y contenido del Derecho extranjero sino también su interpretación y aplicación al caso concreto, como complemento a la documental pública. Sin embargo, no es un medio de prueba admisible el llamado “informe de parte”, un informe redactado por expertos legales a instancia de una parte, en el que el experto “toma partido” en favor de las pretensiones concretas de la parte.<sup>28</sup>

c) **Sobre los documentos privados:** debe ser inadmitida la aportación de simples copias de normas seleccionadas, ya sean fotocopiadas o simplemente transcritas y copiadas de Internet; obviamente, no prueban la vigencia y/contenido del Derecho aplicable. La aportación de colecciones privadas y textos autorizados de doctrina extranjera puede constituirse como complemento del resto de pruebas sin que pueda constatarse la certeza. Aunque la jurisprudencia del TS ha sido reacia durante años a admitir estos documentos para probar el Derecho extranjero, no hay por qué eliminarlos radicalmente como “medios de acreditación del Derecho extranjero”. Habrá que decidir en cada caso concreto si un determinado documento privado, como por ejemplo un autorizado texto doctrinal extranjero, puede servir para acreditar el Derecho extranjero “con certeza”.

Debemos indicar también que el artículo 33.4 de la LCJI indica que ningún dictamen vinculará a los órganos judiciales internacionales, como ya había indicado la jurisprudencia tiempo atrás. La

solución que debe aportar en un eventual avance jurisprudencial, debe limitar la aportación probatoria al mero conocimiento del juez respecto a la vigencia, contenido e interpretación del Derecho extranjero.

### **3.5. Consecuencias de la no alegación o prueba del derecho extranjero**

Es supuesto bastante común que alguna de las partes no pueda alegar o, incluso, probar el Derecho extranjero en el caso presentado. La LEC no ofrece soluciones a tales supuestos, por lo que ha sido tanto la doctrina como la jurisprudencia las que han establecido distintas tesis para solucionar la cuestión. Las tres siguientes han sido las más argumentadas:

a) **Aplicación de oficio del Derecho extranjero:** defendido por varios autores que deba aplicarse de oficio el Derecho extranjero debido al carácter imperativo que tienen las normas de conflicto españolas que dicta el artículo 12.6 del Código Civil, pero tal argumento no es suficiente porque el sistema español de alegación y prueba del derecho extranjero está diseñado para que la carga de la prueba recaiga sobre las partes según el art. 282 LEC, precepto que se aplica al artículo 281.2 de la LEC cuando se determina que el tribunal puede valerse de cualquier medio de prueba necesario para su aplicación. Aunque explícitamente se dice “la carga de la prueba”, puede darse el caso de una interpretación amplia y extenderse a la alegación del derecho, de esta manera, podemos pensar que el tribunal realiza la labor de las partes corrigiendo sus errores. No debe aplicarse tal tesis debido a que va en contra del principio de congruencia de la sentencia, el principio dispositivo, y el de justicia rogada.

b) **Desestimación de la demanda:** es una

<sup>28</sup> Vid. SAP Alicante 154/2005.

de las tesis más defendidas. Si un litigio debe regirse por el Derecho extranjero, y argumenta sobre la base del Derecho español, tal parte debe ver desestimada sus pretensiones. Sus argumentos a favor se basan en la imposibilidad de la aplicación de oficio del Derecho extranjero, pero que también prohíbe aplicar directamente el Derecho español, además de que el tribunal no tiene la obligación de aplicar el Derecho extranjero porque tal obligación recae sobre las partes. Además, el tribunal no es quien para hacer el trabajo incorrectamente hecho por el abogado de una parte, o incluso de los 2, que intentan encuadrar un caso mediante la aplicación del Derecho español cuando deba aplicarse el Derecho extranjero. Refuerza la seguridad jurídica, porque el caso no se resolverá con otro Derecho salvo el indicado en la norma. No se deniega la justicia, por lo que no supone un *non liquet*, y no se incumple el principio de tutela judicial efectiva ya que la demanda se ha valorado como tal y se ha dado respuesta a una pretensión solicitada por la parte correspondiente. Produce además un efecto de “cosa juzgada limitado” porque una vez desestimada –sin entrar a discutir sobre el fondo del asunto- la parte que ha visto desestimada su pretensión puede volver a presentar la demanda argumentando con una causa de pedir distinta.

Tras la aprobación de la LCJl, su artículo 33.3 establece que, con carácter excepcional, que se aplicara el Derecho material español cuando no se haya podido acreditar el Derecho extranjero. Por lo tanto, ha obtenido reconocimiento legal esta última tesis. Defiende **que se aplique el Derecho material español por falta de alegación y prueba del Derecho extranjero**, ello evita la denegación de justicia y la vulneración del artículo 24 CE. De esta forma, consagra al Derecho extranjero como un “hecho procesal”, por lo que

si no se alega ni se prueba, desaparece del proceso, pero como aclaramos anteriormente, no es un mero hecho procesal; aparte de serlo, cuenta con particularidades que hacen considerarlo más que un hecho<sup>29</sup>.

Así lo establece el Tribunal en la **SAP Málaga N° 3/2019, de 8 de enero** señalando que la norma de conflicto de obligada observancia sería la contenida en el artículo 9 número 8 del Código Civil, que somete la sucesión por causa de muerte a la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren. Sin embargo, el contenido de las normas sustantivas aplicables de dicha ley, Derecho marroquí respecto del que falleció ostentando tal nacionalidad, **no ha sido acreditado por la parte demandada**. Por lo que, según esta ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo, **procede resolver la cuestión debatida conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico**.

### III. Consideraciones finales

**PRIMERA.-** En el Derecho Internacional Privado español la cuestión de la aplicación del Derecho extranjero se encuentra regulado en la LEC y la LCJl; siendo los artículos 281.2º y 282 de la LEC y el 33 de la LCJl los que dan cuerpo a un sistema de prueba del Derecho extranjero de modo que serán siempre las partes o siempre el juez los que deban, en todos casos, probar el Derecho extranjero. En los casos en los que se aplica Derecho extranjero, la parte interesada en su aplicación deberá: primero, fundamentar su demanda en el Derecho extranjero y, segundo, probar el Derecho extranjero.

**SEGUNDA.-** En el caso en el que las partes argumenten en base al Derecho extranjero pero

<sup>29</sup> Vid. SAP Cádiz 126/2017.

no lo prueban: el tribunal deberá advertir a las partes de las consecuencias que tendrá el no hacerlo (artículo 429.1.II LEC). Si pese a ello, las partes no prueban el Derecho extranjero, éste no podrá aplicarse y el tribunal tampoco deberá probarlo, tal y como sucede en la **SAP Málaga N° 3/2019, de 8 de enero** al no acreditarse el Derecho extranjero reclamado en un sucesión, el Tribunal procede resolver la cuestión debatida conforme a las normas del ordenamiento jurídico español, desestimando la pretensión de la parte demandada.

**TERCERA.-** Del artículo 281 de la LEC se puede extraer que “el Derecho extranjero debe probarse en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios estime necesarios para su aplicación”, es lo que señala el Tribunal en la **SAP Málaga N° 3/2019, de 8 de enero**, en la que la parte demandada apelaba a que las actoras en el tiempo que se adquirió el bien carecían de nacionalidad española, el Tribunal señala que ese fundamento **carece de todo apoyo fáctico y jurídico, de un lado, porque las actoras gozan en la actualidad la nacionalidad española, al igual que el marido ya fallecido de una de ellas.** De otro, porque, si bien el marido de la otra ostentó hasta su muerte la nacionalidad marroquí, este hecho no afecta en el caso enjuiciado a **la aplicación del derecho material español a la sucesión hereditaria, en cuanto que el derecho extranjero como cuestión de hecho debe ser alegado y probado por la parte que lo invoca, lo que no ha ocurrido en este caso.**

**CUARTA.-** Los órganos judiciales tienen la facultad, pero no la obligación de colaborar a la determinación del contenido del Derecho extranjero en su caso invocado, con los medios de averiguación que consideren necesarios. Así lo ha señalado el Tribunal en la **SAP Málaga N° 3/2019, de 8 de enero** en la que ha establecido la distinción entre las normas

de conflicto, que se limitan a indicar cuál es el derecho material aplicable a una relación jurídica controvertida, las cuales según el párrafo primero **del artículo 12 del Código Civil** deben ser observadas de oficio, y el propio derecho material, al que no se refiere dicho precepto y que en ningún caso puede ser determinado por el Tribunal. A tenor de esta doctrina, **la norma de conflicto de obligada observancia sería la contenida en el artículo 9 número 8 del Código Civil, que somete la sucesión por causa de muerte a la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento**, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren. Sin embargo, **el contenido de las normas sustantivas aplicables de dicha ley, derecho marroquí** respecto del que falleció ostentando tal nacionalidad, **no ha sido acreditado por la parte demandada.** Por lo que **se procede resolver la cuestión debatida conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico.**

